Kritische Darstellung der Streitfrage um die Surrogations- und Differenztheorie im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristenfakultät der Universität Rostock

eingereicht durch

Gerhard Genest,

Referendar.

Wittenberge, Bez. Pdm.

Buch- und Kunstdruckerei Martin Böcker.

1911.

Referent: Professor Dr. Matthiaß.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1:	I. Einführung	1—2
§ 2:	II. Der Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Naturalreparation (und subsidiäre Geldentschädigung) oder als Ersatz in Geld	2—11
	III. Die Surrogations- oder die Differenztheorie	11—63
§ 3:	A. 1. Ueberblick (mit Literaturübersicht)	11—14
§ 4:	2. Allgemeiner Gedankengang der Theorien	14—15
§ 5:	3. Methode der Bearbeitung der Streitfrage	15—16
§ 6:	B. Historisches	16—19
	C. Untersuchung im Anschluß an das BGB.	19—50
§ 7:	1. Wortlaut der §§ 325, 326 [und 323] BGB.	19—26
§ 8:	2. Die Materialien dieser Bestimmungen	26—32
§ 9:	3. Die Natur des gegenseitigen Vertrages	32—35
§ 10:	4. Das Verhältnis des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung zum Rücktritt	36—47
§ 11:	5. Bedeutung des § 249 BGB. für die Streitfrage	47
§ 12:	6. Bedeutung des § 328 BGB.	47—48
§ 13:	7. Betrachtung im Anschluß an den Annahmeverzug	48—50
§ 14:	D. Der Einfluß des Handelsrecht auf die Kontroverse.	50—59
§ 15:	E. Die vom 27. Deutschen Juristentage gefaßte Resolution über die praktische Behandlung des Schadenersatzanspruches wegen Nichterfüllung	59—63

Literaturverzeichnis.

Adler: in Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, 6. Jahrgang S. 106 ff. („Die Umgestaltung des deutschen Handelsrechts").

Adler: im Archiv für bürgerliches Recht, Band 17 S. 136 f. („Zum Recht des Termingeschäftes").

Bechmann: Der Kauf nach gemeinem Recht. 3. Teil 1. Hälfte.

Binder: in Bernhöfts und Binders Beiträgen zur Auslegung des BGB. Heft 1. 1902. S. 44 f.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. I. Band. 4. Afl. 1903.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Band II.

Dernburg: Schuldverhältnisse II. Band, 1. und 2. Abteil. 3. Afl.

Dernburg: Pandekten II. Band. 7. Afl.

Düringer Hachenburg: Das HGB. Band II. 1901.

Emerich: Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem BGB. 1899.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Band. 8. Afl 1903.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Band. 3. Afl.

Fischer: Der Schaden.

Fischer Henle: Das BGB.

Fleck: „Die Verzugslehre und der Entwurf eines HGB." im Archiv für bürgerlichen Recht, Band 12 (1897). S. 253 f.

Foertsch: in der deutschen Juristenzeitung 1902. Band 7. S. 64.

Frankenburger: Seufferts Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern, Band 12 (1897) S. 253 f.

Foertsch: in der deutschen Juristenzeitung 1902. Band 7. S. 64.

Frankenburger: Seufferts Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern, Band 65 S. 416 („Zur Lehre vom Kaufvertrag" ꝛc.).

Gierke: in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band 45. S. 441 ff. („Der Entwurf des neuen HGB.").

Goldmann Lilienthal: Das BGB. 2. Afl.

Götte: in der Deutschen Juristenzeitung 1899, 4. Jahrgang, S. 399 Nr. 19 („Selbsthilfeverkauf des Verkäufers bei Zahlungssäumnis des Käufers).

Hellmann: in der „Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", Band 41 S. 209 ff. („Zur Literatur des BGB.")
Jacobi: „Der Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach den §§ 325, 326 BGB." Dissertation 1902.
Kaufmann: in der Deutschen Juristenzeitung 1899. 4. Jahrgang. S. 152. No. 7.
Kipp: Gutachten über die Frage: „Worin besteht der Schadenersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages?" in den Verhandlungen des 27. Deutschen Juristentages. Band I. S. 249 f.
Kisch: in Ihrings Jahrbüchern, Band 44, S. 68 ff. („Der Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen").
Kisch: „Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. 1900.
Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB. 1900.
Krahmer: Gegenseitige Verträge.
Kuhlenbeck: cf. Staudinger.
Lehmann: „Die Ausweitung der debitorischen Verzugsfolgen."
Lehmann Ring: Das HGB. für das deutsche Reich. 1901. II. Band.
Leo: in der Hanseatischen Gerichtszeitung, Jahrgang 1900. Beiblatt 2. („Fragen aus dem Rechte des Kaufvertrages".)
Littmann: „Das Rücktrittsrecht vom Vertrage." Dissertation. Rostock.
Lucas: „Ueber den Tausch." Dissertation, Freiburg 1899.
v. Mayr: Gutachten über die Frage: „Worin besteht der Schadenersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages?" in den Verhandlungen des 27. Deutschen Juristentages. Band 2. S. 167 f.
Matthiaß: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes. 5. Afl. 1910.
Müller: im Recht 1905. S. 545 f.
Oertmann: Schuldverhältnisse. 2. Afl. 1906.
Oertmann: „Vorteilsausgleichung beim Schadenersatzanspruch."
Oswalt: in der Deutschen Juristenzeitung. 4. Jahrgang. 1899. S. 213. No. 10.
Paech: „Der Leistungsverzug." 1902.
Petry: „Gewährleistung für Mängel im Recht beim Sachkauf."
Planck: Schuldverhältnisse. 3. Afl. 1907.
Rehbein: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
Riezler: Der Werkvertrag. 1900.
Roemer: in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Band 19. S. 133.
Saenger: Verzug beim Kauf. Dissertation 1902.
Schöller: in Gruchots Beiträgen Band 44. S. 603 f., Band 45. S. 511 f. („Der Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen.")
Schollmeyer: Das Recht der Schuldverhältnisse. I. Hälfte 1900.

Schreier: „Die Lehre des BGB. vom gegenseitigen Vertrag." Dissertation. Erlangen 1898.
Staffel: im Archiv für zivilistische Praxis. Band 92. S. 467 f.
Staub: Kommentar zum HGB. II. Band. 8. Afl. und 6. und 7. Afl.
Staudinger: Kommentar zum BGB. II. Band. 2. Afl. 1906.
Titze: „Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht." 1900.
Toedter: „Die allgemeinen Bestimmungen des BGB. über den gegenseitigen Vertrag." Dissertation, Erlangen 1899.
v. Thur: in der Deutschen Juristenzeitung 1904. S. 759 f.
v. Thur: in Ihrings Jahrbüchern Band 46. S. 49.
Verhandlungen des 27. Deutschen Juristentages über die Frage „Worin besteht der Schadenersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages?" Band IV. S. 161 f.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Afl. 1900.
RGZ.: Bd. 20. Nr. 61; Bd 9. S. 118; Bd. 7. S. 407; Bd. 16. S. 315; Bd. 24. S. 106.
LG. Gießen: in der Hessischen Rechtsprechung. Band 7. S. 50.
OLG. Braunschweig: in Seufferts Archiv. Band 57. Nr. 74. S. 131.
OLG. Hamburg: Rechtsprechung der OLG. Band 2. S. 217 und Band 4. S. 16; Band 12. S. 44.
OLG. Darmstadt: Rechtsprechung IV. S. 224.
OLG. Posen: Rechtsprechung Band 2. S. 33; Monatsschrift für Posen 1901. S. 165.
RG. Entscheidungen: Band 10. S. 180; 50. S. 262. No. 59; 52. S. 352; 53. S. 14; 57. S. 106; 58. S. 177; 60. S. 346; 61. S. 279; 31. S. 185; 66. S. 67.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553615_0004

I.

Einführung.

§ 1.

Zwei Verhandelnde können dahin übereinkommen: jeder Teil verpflichtet sich dem anderen gegenüber zu einer Leistung und zwar so, daß Leistung und Gegenleistung von einander abhängig sein sollen (gegenseitiger Vertrag, §§ 320—327 BGB.).

Wie nun, wenn bei einem gegenseitigen Vertrage die Leistung des einen Kontrahenten infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, oder wenn er mit seiner Leistung in Verzug kommt?

Das Gesetz stellt dem anderen Kontrahenten die Wahl zwischen mehreren Rechtsbehelfen frei, von denen der wichtigste der Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung ist. Um ihn hat sich namentlich in zweierlei Hinsicht Streit entsponnen. Zuerst ist es zweifelhaft geworden, ob dieser Anspruch gegen den vertragsbrüchigen Teil grundsätzlich auf Naturalreparation und subsidiär auf Geldentschädigung geht, oder ob überhaupt nur Ersatz in Geld verlangt werden kann.

Die zweite Streitfrage ist die: wenn der vertragstreue Kontrahent Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach den §§ 325, 326 BGB. verlangt, entweder weil die Gegenpartei ihre Leistung schuldhaft[1]) unmöglich gemacht oder sie trotz gesetzter Nachfrist[2]) nicht bewirkt hat, bleibt dann der Vertrag bestehen oder nicht, und was wird aus der Gegenleistung, muß sie, wie versprochen, bewirkt werden oder wird der vertragstreue Teil frei und kann „die Differenz fordern zwischen seinem Interesse an der Leistung des Gegners und dem Werte, den das Einbehalten der eigenen Leistung für ihn hat?“[3]) Zu dieser zweiten Kontroverse hat sich seit der Entstehung des BGB. eine große Anzahl von Juristen geäußert, viele Entscheidungen des Reichs- und der Oberlandesgerichte beschäftigen sich mit ihr und auf dem 27. Deutschen Juristentage war sie Gegenstand eingehender Erörterung. Dennoch

---

[1]) im weiteren Sinn des Vertretenmüssens.

[2]) Setzung einer Nachfrist ist dann nicht Voraussetzung einer Schadenersatzforderung, wenn durch den Verzug das Interesse des Berechtigten an der Erfüllung des Vertrages erloschen ist. (§ 326 Abs. 2 BGB.)

[3]) Kipp aaO. S. 250.

ist eine Einigung noch nicht erzielt, „das Wesen des Schadenersatzanspruches — wie Oertmann[1]) sagt — schwerlich endgültig klargestellt".

Und doch hat die Frage nicht nur theoretisches Interesse, sondern ihre Beantwortung in diesem oder jenem Sinne ist von einschneidenster Bedeutung für die Entscheidung einer ganzen Reihe von praktischen Fällen. Im Folgenden soll deshalb unter eingehender Verwertung der gesamten Literatur und der Entscheidungen zu diesem Streitpunkt Stellung genommen werden.

Da aber die vorhin berührte erste Zweifelsfrage: Richtet sich der Schadenersatzanspruch bei gegenseitigen Verträgen auf Naturalreparation und nur subsidiär auf Geldentschädigung oder auf Ersatz in Geld an erster Stelle und allein? — mit dem Thema dieser Abhandlung eng verknüpft ist, und ihre Beantwortung das Für oder Wider bei der zweiten Kontroverse beeinflußt, so muß sie zuerst in kurzen Worten erörtert werden[2]).

II.

Der Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Naturalreparation (und subsidiäre Geldentschädigung) oder als Ersatz in Geld.

§ 2.

Als Schadenersatzansprüche kommen für uns inbetracht: Schadenersatz wegen Unmöglichkeit der Leistung (§ 325 BGB.) und Schadenersatz wegen Verzug (§ 326 BGB).

Wenn der Verpflichtete infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes die Leistung nicht ausführen kann, so ist es streitig, ob dennoch Leistung in **natura** den Mittelpunkt des Schadenersatzanspruches bildet oder der Anspruch sofort auf Entschädigung in Geld zu richten ist, kurz, ob § 249 S. 1 BGB. Anwendung findet oder nicht.

Das Nichtleistenkönnen beruht nach der vom BGB. angenommenen Einteilung auf objektiver Unmöglichkeit („Unmöglichkeit" schlechthin) oder subjektiver Unmöglichkeit („Unvermögen des Schuldners zur Leistung").

[1]) Kommentar zu § 325. 1 b. S. 163.
[2]) so verfährt auch Kipp aaO. S. 254. 2.

Bei der objektiven Unmöglichkeit ist die Leistung als solche unmöglich, die Leistung kann also von niemandem bewirkt werden, die Unmöglichkeit besteht nicht nur für den bestimmten Schuldner, sondern für jedermann (z. B. ist unmöglich die Lieferung einer versprochenen Vase, die nur als einziges Exemplar existiert und vom Schuldner vernichtet worden ist).

Nach der für die objektive Unmöglichkeit herrschenden Ansicht[1]) ergibt sich die Ausschaltung des § 249 S. 1 BGB. hier schon aus dem Begriff des „Objektiven" der Unmöglichkeit, so daß man glaubt, sich weitere Beweise für die Richtigkeit der Ausschließung der Naturalherstellung sparen zu können. Ist es aber richtig, allein im Hinblick auf dieses begriffliche Merkmal nur Geldersatz als Entschädigung zuzulassen? Lassen sich nicht auch bei der objektiven Unmöglichkeit Fälle denken, in denen der Zustand wiederhergestellt werden könnte, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, ohne daß dem der Begriff des Objektiven im Wege stünde? (Ob die Ausschließung von § 249 S. 1 BGB. aus anderen Gründen geboten erscheinen kann, lassen wir vorläufig ganz dahingestellt!).

Kipp bringt folgendes Beispiel:[2]) „Wenn jemand einem Kaufmann schreibt, er möge ihm die gestern besichtigte Porzellanschale senden, und diese nach Abschluß des Vertrages und vor Absendung durch den Kaufmann oder seine Leute schuldhaft zerbrochen wird, so liegt eine vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit vor. Hat aber der Kaufmann eine zweite ganz gleiche Schale auf Lager, so wird nicht zu bezweifeln sein, daß er den Schadenersatz durch Lieferung dieser anderen Schale[3]) leisten kann. Die alia habitatio non minus commoda der Digesten mag auch nach BGB. ihre Schadenersatzfunktion ausüben können."

In der Tat liegt eine objektive Unmöglichkeit vor, denn die Vase, die der Gläubiger bestellt hatte, ist vernichtet, die Leistung gerade dieser Vase also sowohl dem Schuldner wie jedem Dritten unmöglich, und doch kann die Hergabe der Schwestersache den Zustand herzustellen helfen, der ohne das schädigende Ereignis bestanden hätte. Wir sehen, der „Begriff des Objektiven" allein schließt, selbst wenn hier „in neunundneunzig unter hundert Fällen von Naturalherstellung keine Rede sein[4])" wird, die Möglichkeit, den § 249 S. 1 BGB anzuwenden, nicht aus.

Wie kann man diese exzeptionellen Fälle, in denen trotz objektiver

---

[1]) vertreten z. B. von Windscheid-Kipp zu § 264 Anm. 7. S. 94/95; Planck zu § 249. 2d. S. 21 und zu § 280. 3. S. 81; v. Mayr aaO. S. 194; Jacobi aaO. S. 35; Kisch Unmöglichkeit S. 122. I; Mayring bei Staudinger (I. Aufl.) zu § 280. 2a. S. 42; Schollmeyer aaO. S. 108 zu § 280. 2c; abweichend: Fischer aaO. S. 195; Kipp aaO. S. 255; Oertmann Kommentar S. 34 zu § 249. 3d.

[2]) aaO. S. 255/256.

[3]) es stehen hier Speziessachen in Frage; Lieferung einer gleichwertigen Gattungssache würde hier Erfüllung sein (ebenso Kipp S. 256 Anm. 15).

[4]) Kipp aaO. S. 255.

Unmöglichkeit Naturalreparation denkbar ist, begrifflich umschreiben? Kipp sagt[1]), es seien „die Fälle, in denen jemand seinen Vertrag auf ein Individuum nur als auf einen Repräsentanten einer bestimmten Gattung richtet, ohne an dem Individuum ein selbständiges Interesse zu nehmen."

Wir möchten folgende Abgrenzung für deutlicher halten: Der Begriff des „Objektiven" der Unmöglichkeit allein steht der Anwendbarkeit des § 249 S. 1 BGB. bei Geltendmachung eines Schadenanspruches dann nicht entgegen, wenn zwei oder mehrere gleiche Speziessachen existieren und der Schuldner in der Lage ist, nach zu vertretendem Untergang der geschuldeten eine der gleichwertigen anderen zu leisten.

Ob und gegebenenfalls inwieweit durch andere als begriffliche Gründe diese Fassung modifiziert werden kann, werden wir im Folgenden bei der Besprechung der subjektiven Unmöglichkeit untersuchen.

Die nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung kann sein eine „subjektive"[2]) d. h. die Leistung als solche ist wohl möglich, nur der bestimmte Leistungspflichtige kann sie aus persönlichen Gründen nicht bewirken, während es Leute gibt, die sie, wenn sie vertraglich gebunden wären, ausführen könnten. (z. B. X schließt mit Y) einen rechtsgültigen Kaufvertrag über ein Grundstück ab, an dem er dann vor der Auflassung dem Z Eigentum überträgt).

Wie gesagt, der Verpflichtete *kann* die Leistung nicht bewirken, woraus sich klar ergibt, daß hier alle Fälle ausscheiden, in denen „der Schuldner in der Lage ist, das Hindernis zu heben, sei es allein, sei es unter Mitwirkung eines hierzu bereiten Dritten, und wenn er kraft des Vertrages zur Hebung des Hindernisses verpflichtet ist"[3]), denn hier unterbleibt ja die Leistung, weil der Verpflichtete sie nicht erfüllen *will*, obwohl er dazu imstande wäre[4]).

[1]) aaO. S. 255; ebenso Staudinger zu § 325. I a. S. 155.

[2]) Für den Fall der subjektiven Unmöglichkeit befürworten die Anwendung von § 249. S. 1 BGB: Oertmann Kommentar, zu § 249. 3 d. S. 34; Fischer aaO. S. 130, 191; Kipp aaO. S. 254/257; Planck I § 179 Nr. 2 und II § 280 Nr. 3; Kleineidam aaO. S. 126; Jacobi aaO. S. 44; Staudinger zu § 325. I a. S. 155; RG. Bd. 31. S. 186; OLG. Braunschweig (Seuffert Bd. 57. S. 131. Nr 74); Petry aaO. S. 63; Staub aaO. Exkurs zu § 58 Note 60. S. 264. Die Ausschaltung befürworten: Endemann § 125 Note 36 S. 706; Schöller aaO. Bd. 44. S. 697, Bd. 45. S. 530 ff; v Tuhr bei Jhering Bd. 46. S. 49. Anm. 13; Paech aaO. S. 165; Titze aaO. S. 183; v. Mayr aaO. S. 193 195; Düringer Hachenburg HGB II S. 114 a; Rehbein aaO. Bd. II S. 190 Nr. 23; Crome Bd. II § 159 Note 28, Staudinger Vorbem. zu § 249 No. I 1 b. S. 29; Fischer Henle zu § 325 N. 2; Hellmann aaO. S. 244.

[3]) Schöller Bd. 45. S. 532; ebenso Kipp aaO. S. 255 Anm. 13; v. Mayr aaO. S. 195.

[4]) Es ist Frage des Einzelfalles, ob bei gegen den Vertrag verstoßender Veräußerung oder Belastung der geschuldeten Sache Unmöglichkeit anzunehmen ist oder nicht. Zu prüfen ist namentlich, ob der Schuldner pekuniär imstande ist, die Sache zurückzuerwerben resp. die Belastung abzulösen (so z. B. Rich, Unmöglichkeit S. 98 Anm. 8; Jur. Wochenschr. 1895 S. 519 Nr. 6).

Den Grundpfeiler und Ausgangspunkt für die ganze Lehre des Schadenersatzrechtes bildet der § 249 Abs. 1 BGB., er kann nur ausgeschaltet werden, wenn besondere Gesetzesbestimmungen dies rechtfertigen.[1]) Zu diesen besonderen Vorschriften zählt zunächst § 251 Abs. 1 S. 1 BGB., wo es heißt, Ersatz in Geld trete dann ein, wenn die Herstellung nicht möglich sei. Nun liegt, wie oben (Seite 4) gezeigt, beim Unvermögen die Möglichkeit der Leistung stets vor, nur der Verpflichtete gerade kann sie nicht bewirken; und wenn nun hier Kisch[2]) mit Recht den Beweis der Unmöglichkeit dem klagenden Gläubiger auferlegt und dann fortfährt: „Auch gibt es wenige unbestreitbare Fälle des Unvermögens. Dieser Nachweis ist daher mit erheblichen Schwierigkeiten verknüpft. Mißlingt er aber so ist die Geldklage auf Kosten des Gläubigers abzuweisen. Ihre unmittelbare Erhebung ist daher vielfach nicht unbedenklich" — so ist dem entgegenzuhalten: es gibt überhaupt keine Fälle des Unvermögens, in denen die Leistung nicht möglich wäre, und der Beweis, daß der Schuldner auch nach Rechtskraft des Urteils nicht in der Lage ist, den durch den Vertrag bezweckten Zustand herzustellen, ist nicht zu führen.[3])

Nun wird gesagt, das Gesetz selbst setze sich über die Regel des § 249 S. 1 BGB. wiederholt bei anderen Vorschriften hinweg und fasse bei ihnen Schadenersatz im Sinne einer Geldentschädigung auf, dies sei der Fall in den §§ 179 Abs. 1., 283, 326, ferner bei den §§ 280 und 325, soweit sich diese auf objektive Unmöglichkeit bezögen[4]).

Was die §§ 280 und 325 anbetrifft, so kann man der für sie aufgestellten Behauptung, die sich ja auf objektive Unmöglichkeit stützt, wie oben ausgeführt, für den Regelfall, aber nicht ausnahmslos beipflichten. Daß hier regelmäßig Geldersatz anstelle der Naturalreparation tritt, ist aber nicht herzuleiten aus einem etwa nur auf Geldentschädigung gerichteten Willen des Gesetzgebers, sondern aus dem Umstand, daß bei objektiver Unmöglichkeit Naturalherstellung selten möglich sein wird.

Wie steht es mit § 283 und dem für unsere Abhandlung besonders wichtigen § 326? In beiden Bestimmungen heißt es, nach Ablauf der Frist könne der Gläubiger Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, „der Anspruch auf Erfüllung sei ausgeschlossen." Dieser Zusatz weist darauf hin, daß beide §§ Sondervorschriften sind,

---

Oertmann (zu § 275. 4. S. 85) legt in allen Fällen, wo der Schulderfüllung das Recht eines Dritten entgegensteht, dem Schuldner „grundsätzlich" eine Beseitigungspflicht auf. Mit Recht sagt Jacobi (aaO. S. 36), dem Schuldner sei nicht zuzumuten, „immodico pretio die Sache von dem Dritten zu erstehen."

[1]) so Fischer aaO. S. 190 ff; Kipp aaO. S. 254.

[2]) Unmöglichkeit, S. 123.

[3]) so Kleineidam aaO. S. 126; Planck zu § 280. 3. S. 81; Jacobi aaO. S. 39/40; Schollmeyer § 280 N. 2 c. S. 108.

[4]) so Kisch, Unmöglichkeit S. 127 Anm. 8.

die eine Regelung des Schadenersatzes abweichend von dem das BGB. sonst beherrschenden Prinzip geben wollen[1]), denn wenn Schadenersatz wegen Nichterfüllung, wie die Gegner behaupten, sowieso schon Naturalherstellung ausschließt, warum dann die auffällige, völlig zwecklose Wiederholung in den beiden §§? Gerade der regelmäßig nicht vorhandene, sich nur in einzelnen Bestimmungen findende Satz: „Der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen" hat als sicherer Beweis dafür zu dienen, daß im allgemeinen der Schadenersatzanspruch den Anspruch auf Erfüllung nicht ausschließt, sondern ihn einbegreift.

Nun ist allerdings mit den Worten „Erfüllung ist ausgeschlossen" noch nicht gesagt, Naturalrestitution sei ausgeschlossen, denn begrifflich sind Erfüllung und Naturalreparation etwas Verschiedenes; da aber die Herstellung in **natura** regelmäßig die Erfüllung als einen Faktor einschließt, und dieser Faktor nach positiver Bestimmung fortfallen soll, so ist nicht anzunehmen, daß das Gesetz in diesen Fällen an der Naturalreparation überhaupt hat festhalten wollen.[2])

Daß in den angezogenen §§ der Ersatz in Geld zu leisten ist, kann deshalb nicht als Argument dafür herangezogen werden, daß das Gesetz sich selbst zuweilen über § 249 S. 1 BGB. bei der Regelung der Schadenersatzpflicht hinwegsetze: hier zeigt der Gesetzestext **expressis verbis** den Willen, eine Ausnahme von der Regel zu machen, durch den Zusatz an, und lediglich aus diesem Grunde wird die Naturherstellung nicht gewährt.

Bleibt von diesem Einwand noch übrig der § 179 Abs. 1 BGB. Er führt uns zur Behandlung *begrifflicher* Erwägungen über, die nicht nur für ihn, sondern ganz allgemein für jeden Schadenersatzanspruch gegen die Naturalreparation geltend gemacht werden. Man sagt, daß das Gesetz Erfüllung und Schadenersatz wegen Nichterfüllung in direkten Gegensatz stelle, Schadenersatz wegen Nichterfüllung solle die Erfüllung ersetzen und könne deshalb unmöglich mit der ursprünglichen Leistung identisch sein[3]).

Wird aber wirklich von denen, die die Anwendbarkeit des § 249 S. 1. BGB. beim Schadenersatzanspruch bejahen, die Identifizierung von ursprünglicher Leistung (also Erfüllung) und Schadenersatz wegen Nichterfüllung vertreten? Wer dem Satze: Schadenersatzanspruch

[1]) so Kipp aaO. S. 256; Planck zu § 283 Note 1. S. 83 („Die Vorschrift des § 249 . . . findet keine Anwendung, indem der Gläubiger nach § 283 Abs. 1 S. 2 nach dem fruchtlosen Ablaufe der Frist nicht mehr Erfüllung verlangen kann, hierdurch aber der Anspruch auf Herstellung des früheren Zustandes ausgeschlossen ist."); Dertmann zu § 283. 3. S. 105 („Schadenersatzanspruch, und zwar in Geld, da ja der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen ist."); Schöller Bd. 41 S. 625; Deutsche Juristenzeitung 1906 S. 81.

[2]) so Kipp aaO. S. 256; im Resultat beistimmend die Seite 6 Anm. 2 Genannten; anders Fischer aaO. S. 190. 193.

[3]) so: Schöller aaO. Bd. 44 S. 607, Bd. 45 S. 530; cf. auch Oswalt aaO. S. 213. 214.

wegen Nichterfüllung geht auf Naturalherstellung — zustimmt, will nicht im entferntesten den Leistungsberechtigten mit dem Recht auf Erwirkung nachträglicher Erfüllung abspeisen, er will nur den Vertrag soweit als möglich in einer für den Gläubiger annehmbaren Weise realisieren[1]), und gerade weil er diese Realisierung des Vertrages im Auge hat, bezeichnet er in dem Schadenersatzanspruch den Erfüllungsanspruch als einen regelmäßig[2]) vorkommenden Faktor, und alle Nachteile, die durch die — gegebenenfalls auch über den ursprünglichen Erfüllungsumfang auszudehnende[3]) — Naturalherstellung nicht zu decken sind (also namentlich der Schaden, der dem Berechtigten dadurch erwachsen ist, daß der fragliche Zustand in der Zwischenzeit nicht bestand, und der sich durch Naturalreparation nicht heben läßt[4]), werden durch Geld ausgeglichen. Erfüllung und Schadenersatz wegen Nichterfüllung sind also auch nach dieser Auffassung zwei verschiedene Begriffe[5]), von denen der eine — Schadenersatz wegen Nichterfüllung — inhaltlich regelmäßig weiter ist als der andere — Erfüllung —[6]).

Um den Nachweis von der Unrichtigkeit der gegnerischen Behauptung, durch Anwendung des § 249 S. 1. BGB. würden Schadenersatz wegen Nichterfüllung und ursprüngliche Leistung identifiziert, zu erbringen, kommen wir noch einmal auf das oben angezogene Beispiel von der verkauften Porzellanschale zurück, nur mit der Modifikation, daß sie nicht vom Kaufmann zerbrochen wird, sondern von ihm vor der Ablieferung einem Dritten übereignet wird; es liegt also jetzt nicht Unmöglichkeit, sondern Unvermögen inbetreff der geschuldeten Leistung vor. Wenn der Dritte sich weigert, die jetzt ihm gehörige Schale an den Kaufmann zurückzugeben, das Unvermögen also nicht zu heben ist, ist dann etwa die Lieferung des noch existierenden zweiten Exemplars der Schale Erfüllung? Keineswegs: die gekaufte Schale, die allein in **obligatione** war, wird nicht geleistet (also keine Erfüllung!), sondern ein anderer Gegenstand tritt statt ihrer — als Ersatz für sie — ein um den Schaden zu decken, der dadurch hervorgerufen ist, daß der ursprüngliche Leistungsgegenstand nicht lieferbar war. Erfüllung wäre also Vase I, Schadenersatz wegen Nichterfüllung ist — ganz oder zum Teil — Schale II. Den wirtschaftlichen Erfolg betrachtet kommt sich Erfüllung und Ersatz hier sehr nahe, aber begrifflich kann von

[1]) Staub sagt selbst (Exkurs zu § 374 Anm. 21; 6. u. 7. Afl.), daß „der Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung auch eine Art der Realisierung des Vertrages" sei.

[2]) Ausnahmen rechtfertigen sich einmal durch besondere Gesetzesvorschriften (§§ 283 und 326 BGB.) und ergeben sich in exzeptionellen Fällen (über letztere Näheres Seite 8).

[3]) z. B. Fischer aaO. S. 129.

[4]) Planck (zu § 249. 2d. S. 21) spricht dem Gläubiger für die Nachteile die ihm dadurch entstanden, daß der Zustand in der Zwischenzeit nicht bestand, immer Ersatz in Geld zu.

[5]) Jacobi aaO. S. 38.

[6]) Dertmann zu § 249. 3d. S. 34.

einer Identifizierung von ursprünglicher Leistung und Schadenersatzleistung keine Rede sein, da ja Erfüllungsgegenstand und Ersatzgegenstand ganz verschieden sind.

Nun ist zuzugeben, daß diese Fälle, wo Schadenersatz wegen Nichterfüllung den ursprünglichen Leistungsgegenstand nicht umfaßt, selten sein werden; man könnte das als Argument gegen die Anwendung von § 249 S. 1 BGB. verwerten, wenn nicht noch andere Unterschiede zwischen Erfüllung und Ersatz gegeben wären. Sehr häufig wird nämlich der Umfang des zu Leistenden bei vertraglicher Leistung und Schadensanspruch verschieden sein. Oertmann[1]) bringt als Beleg hierfür folgendes Beispiel: „X hat verspätet dem Y Sämereien geliefert, so daß Y mangels rechtzeitiger Aussaat keine Ernte erzielen konnte." Daß hier mit Rücksicht auf des Gläubigers Interesse der Umfang des Erfüllungsanspruches ganz erheblich hinter dem des Ersatzanspruches zurückbleibt, liegt auf der Hand. Denn wenn man den Gläubiger gemäß § 249 S. 1 BGB. für die Zukunft[2]) in eine wirtschaftliche Lage versetzen will, die derjenigen äquivalent ist, in der er sich ohne den vom Schuldner zu vertretenden Umstand befunden haben würde[3]), so muß der Schuldner eben haften für ein „dem normalen Ernteertrag entsprechendes Fruchtquantum"[4]).

Daß sich endlich auch der Weg, auf dem die Ueberleitung des Schadenersatzanspruches in einen Anspruch auf Geldersatz bewerkstelligt wird, unterscheidet von dem Weg, auf dem der Erfüllungsanspruch in eine Geldforderung umgewandelt wird, zeigt die Betrachtung der §§ 250 und 283 BGB. Denn während die Umstellung des dem Gläubiger zustehenden Anspruchs auf Erfüllung in eine Geldersatzforderung an zwei Voraussetzungen[5]) — nämlich rechtskräftige Verurteilung des Schuldners zur Leistung und eine daraufhin gesetzte angemessene Frist zur Erfüllungsbewirkung, die der Schuldner nutzlos verstreichen läßt — geknüpft ist, kann der Schadenersatzberechtigte ohne jede Rücksicht auf richterliche Entscheidung sofort eine angemessene Zeitspanne dem Verpflichteten setzen mit der Androhung, nachher werde die Herstellung abgelehnt. Dem Schadenersatzberechtigten steht also ein viel einfacheres und schneller zum Ziele führendes Mittel zu Gebote, um zu einer Geldforderung zu kommen, als dem Leistungsberechtigten[6]).

Vorstehende Betrachtung ergibt, daß sowohl Gegenstand wie Umfang und auch gesetzliche Ueberleitungsregel bei Erfüllungs- und

---

[1]) Kommentar zu § 249 3d. S. 34.

[2]) Planck zu § 249. 2d. S. 21.

[3]) Matthiaß aaO. S. 184. § 76. III; Oertmann Kommentar zu § 249. 2. S. 33.

[4]) Oertmann zu § 249. 3d. S. 34; cf. auch Fischer aaO. S. 129.

[5]) Ausnahmsweise wird im Falle des § 326 BGB keine Verurteilung, zuweilen auch keine Fristsetzung erfordert.

[6]) Planck zu § 250. 1. S. 23; Fischer aaO. S. 129; Oertmann zu § 249. 3d. S. 34; cf. Kleineidam S. 107 ff.

Schadenersatzanspruch völlig verschieden sein können; somit ist die Behauptung, bei Anwendung von § 249 S. 1 BGB. würden Ersatz und Erfüllung identifiziert, widerlegt.

Was aber die damit in Zusammenhang gebrachte Meinung, Schadenersatz wegen Nichterfüllung und Erfüllung ständen in direktem Gegensatz anbetrifft, so sei Folgendes bemerkt: Da Ziel des Vertrages ist Realisierung, also Erfüllung des Vertrages, da weiter Ziel des Schadenersatzanspruches wegen Nichterfüllung ist auch Realisierung des Vertrages, soweit das in einer für den Gläubiger annehmbaren Weise geschehen kann, ist es da verwunderlich oder gar ein Fehler, wenn Schadenersatz wegen Nichterfüllung der Erfüllung in vielen Fällen nahe kommt? Nur wo das Gesetz glaubt, der Gläubiger könne infolge des schuldnerischen Verhaltens kein Interesse mehr daran haben, daß die Naturalreparation beibehalten werde, und dies mit den Worten „Erfüllung ist ausgeschlossen" zu erkennen gibt[1]), tritt sofort Geldersatz ein; aber aus diesen Ausnahmefällen die Regel herleiten zu wollen, im BGB. ständen Schadenersatz wegen Nichterfüllung und Erfüllung in direktem Gegensatz, ist nicht angängig. Zwar sind Schadenersatz wegen Nichterfüllung und Erfüllung verschiedene Begriffe, will man aber sagen, daß Schadenersatz wegen Nichterfüllung begrifflich die Erfüllung *ausschließe*, so kann man ebenso gut behaupten, daß Herstellung des ursprünglichen Zustandes mit dem Begriff des Schadenersatzes nicht vereinbar sei[2]).

Einen ganz anderen Weg schlagen v. Mayr und Titze[3]) ein, um zu einer Ausschließung von § 249 S. 1 BGB. zu kommen; sie sagen, „daß das Unvermögen des Schuldners entweder einer teilweisen Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit, oder, wenn der Zeitraum, innerhalb dessen die Verbindlichkeit zu erfüllen war, verstrichen ist, ohne daß der Schuldner in die Lage kam, die Leistung bewirken zu können, der gänzlichen Unmöglichkeit gleichkommt, daß mit anderen Worten zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen kein prinzipieller Unterschied besteht, daß also für den Schadenersatz wegen Nichterfüllung hier dasselbe gelten muß wie dort".

Ganz abgesehen davon, ob nicht bei objektiver Unmöglichkeit die Anwendung von § 249 S. 1 BGB. sehr wohl denkbar ist, ist diese Deduktion deshalb äußerst bedenklich, weil man hier verschiedene Tatsachen (Leistung ist objektiv nicht möglich und Leistung ist subjektiv nicht möglich), die doch nur Voraussetzungen für Ersatzansprüche bilden, lediglich deshalb gleichstellen will, weil sie schließlich für den Schuldner ein und dieselbe Folge zeitigen *können* (nämlich die, daß er Versprochenes nicht zu leisten vermag und eventuell Ersatz in Geld bieten

[1]) oben Seite 5—7.
[2]) Degenkolb, Archiv für zivil. Praxis Bd. 76. S. 1 ff; cf. v. Mayr aaO. S. 194.
[3]) v. Mayr aaO. S. 194/195; Titze aaO. S. 71.

muß.) Man betrachtet also die Tatsache des Nichtleistenkönnens nicht objektiv, sondern lediglich vom Standpunkt des Schuldners aus, ein Verfahren, das im letzten Ende den prinzipiellen Unterschied zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen überhaupt illusorisch macht und somit direkt der Terminologie des Gesetzes, das diese Unterscheidung aufstellt, widerspricht. So führt also auch dieser Versuch zu keinem annehmbaren Resultat.

Die Gegner der Naturalreparation weisen nun wiederholt auf die bei ihrer Anschauung sich ergebende „praktische Regelung" oder „das brauchbare Ergebnis" hin. Diese Argumentation veranlaßt Fischer[1]) zu folgender, wohl berechtigter Abwehr: „Lassen wir den Einwand größerer Praktibilität des Geldersatzes beiseite -- derartige Erwägungen mochten vor dem Erlasse des Gesetzes angestellt werden, gegenüber dem bestehenden Gesetze ist die Ausschaltung einer klaren Norm mit der Motivierung, sie führe zu unpraktischen Resultaten, nicht zulässig." Nicht als beweiskräftig, sondern lediglich in Zurückweisung des Vorwurfs, als sei die gegnerische Auffassung praktisch brauchbarer als die hier vertretene, möchten wir deshalb entgegnen, daß sich die größere praktische Brauchbarkeit unserer Ansicht gegenüber der bekämpften bei folgender Ueberlegung zeigt:

Ist § 249 S. 1 BGB. von vornherein beim Schadenersatz wegen Nichterfüllung auszuschalten, so muß das Urteil auf Ersatz in Geld lauten, wodurch der Anspruch auf den ursprünglich in **obligatione** befindlichen Gegenstand hinfällig wird. Aber gerade an diesem Leistungsgegenstand kann dem Kläger so viel liegen, daß er erst alle ihm vom Gesetz an die Hand gegebenen Mittel erproben will, ehe er sich mit dem ihm nicht genehmen Geldersatz zufrieden gibt. Gerade durch dies energische Bestehen auf Lieferung des geschuldeten Gegenstandes (der ja regelmäßig ein Faktor im Ersatzanspruche nach § 249 S. 1 BGB. ist) wird der Schuldner sich bewogen fühlen, seiner Verpflichtung nachzukommen, während bei Ausscheidung von § 249 S. 1 ein derartiger Antrieb mangelt[2]).

Die bisherige Abhandlung ergibt, daß ein unwiderleglicher Grund für die prinzipielle Ausschaltung des § 249 S. 1 BGB. beim Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung nicht anzuerkennen ist, wir können deshalb auch das bei Betrachtung der objektiven Unmöglichkeit nur aus begrifflichen Erwägungen gewonnene Resultat (**cf.** Seite 4) unverändert bestehen lassen, und so läßt sich das Ergebnis dieser Untersuchung folgendermaßen zusammenfassen:

Bei objektiver Unmöglichkeit wird die Herstellung in **natura** nur in seltenen Fällen möglich sein und deshalb greift aus t a t s ä c h l i c h e n Gründen, nicht auf Grund eines gesetzlichen Prinzips oder wegen be-

[1]) aaO. S. 192.
[2]) Jacobi aaO. S. 40/41 ähnlich.

grifflicher Hindernisse, in der Mehrzahl der Fälle Geldersatz ein; eine prinzipielle Ausscheidung § 249 S. 1 BGB. findet nicht statt.

Bei subjektiver Unmöglichkeit geht der Entschädigungsanspruch grundsätzlich auf Naturalreparation.

Beim Verzug im Falle des § 326 BGB. ist — infolge gesetzlicher Sonderregelung — Geldentschädigung vorgesehen. —

Für teilweise Unmöglichkeit, teilweises Unvermögen und teilweisen Verzug gelten die aufgestellten Regeln analog. Eine nähere Ausführung dieser Bestimmungen auch für diese Fälle erübrigt sich, da die Erörterung dieser Vorfrage nur soweit von Interesse ist, als der Standpunkt gekennzeichnet und begründet werden sollte, von dem aus sich die Anwendung des § 249 S. 1 BGB. beim Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung rechtfertigt.

III.

Die Surrogations- oder die Differenztheorie.

§ 3.

Gehen wir nun genauer ein auf die grundsätzlich verschiedenen Anschauungen über die Natur des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung in den §§ 325, 326 BGB. und auf die Komplikationen, zu denen die Meinungsverschiedenheiten führen, und zwar, um einen Ueberblick zu gewinnen, vorerst ohne Rücksicht auf die näheren Begründungen.

Bei den Vorschriften über den gegenseitigen Vertrag spricht das Gesetz in den §§ 325, 326 BGB. dem einen Kontrahenten beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen — unter anderem — das Recht zu, Schadenersatz wegen Nichterfüllung vom anderen Kontrahenten zu verlangen, läßt aber nicht erkennen, was in diesem Falle aus der Leistung des Schadenersatzberechtigten werden soll.

Die in der Theorie vorherrschende, in der Praxis nur wenig berücksichtigte Ansicht vertritt die Surrogations- oder Austauschtheorie: Danach bleiben Vertrag und Verbindlichkeit des Ersatzberechtigten durch seine Ersatzforderung unberührt, auch bei Geltendmachung des Schadensanspruches muß der Berechtigte **naturaliter** erfüllen. Besteht die Verpflichtung des Schadenersatzfordernden in einer Geldleistung, und muß sich der Schadenersatzverpflichtete seiner Ver-

pflichtung ganz oder zum Teil auch durch Gelderſatz entledigen, ſo kann eine Kompenſation beider Beträge nach Maßgabe der §§ 387—396 BGB. erfolgen. Für das Verhältnis der Kontrahenten unter einander bleiben auch nach Eintritt des zum Schadenerſatz verpflichtenden Umſtandes die Vorſchriften der gegenſeitigen Verträge in Geltung[1]). Vertreten wird die Surrogationstheorie von: Adler im Archiv für bürgerliches Recht und bei Holdheim aaO.; Crome aaO. § 170 3 a. beſ. Anm. 41 S. 181 und § 171 2 b α Anm. 14 S. 188; Dernburg Schuldverhältniſſe für § 325 BGB. § 96 1 S. 250; Düringer Hachenburg aaO. S. 114 a; Emerich aaO. S. 86 8 a β.; Endemann aaO. § 125 3 c beſ. Anm. 37 S. 706. 707; Enneccerus aaO. § 271 1 S. 681 und § 276 2 S. 696/98 (aber mit beſonderer Hervorhebung, daß dem Gläubiger aus Billigkeitsgründen oft auch nach Wahl die Differenz zugeſtanden werden muß, S. 698). Fiſcher Henle aaO. zu § 325 N. 3; Götte aaO.; Jacobi aaO.; Kaufmann aaO.; Kiſch bei Ihering aaO. und in „Unmöglichkeit der Erfüllung" S. 132/134; Kleineidam aaO. S. 144 ff.; Lehmann Ring aaO. zu § 376 Nr. 58; Lucas aaO. S. 94; v. Mayr aaO.; Mayring bei Staudinger I. Aufl. zu § 325 1 a S. 76; Matthiaß aaO. § 86 3 b α S. 214; Oertmann Kommentar zu § 325 1 b S. 163/165, zu § 326. 5 S. 172, in „Verteilsausgleichung" S. 51 ff.; Paech aaO. S. 165/166, Planck zu § 325 1 a S. 150. 151; Roemer aaO.; Riezler aaO. S. 121; Schollmeyer aaO. § 325 Nr. 2, § 326 3 a; Titze S. 183 ff. aaO.; Toebter aaO. S. 41; v. Tuhr D.J.Z. 04 S. 759 ff.; OLG. Braunſchweig aaO.

Im Gegenſatz zur Surrogationstheorie ſteht die ſogenannte Differenztheorie, die faſt unbeſchränkt die Praxis beherrſcht. Vertreten wird ſie von: Bechmann aaO. § 310 Note 1 S. 197/198; Binder aaO. (Binder ſoll nach Oertmann Kommentar zu § 325 sub 1 b β. in Z. H. R. 52. 104 ſich der Surrogationstheorie angeſchloſſen haben, das Zitat war jedoch nicht aufzufinden); Coſack BGB. § 99 II 2 S. 349; Dernburg aaO. für § 326 BGB. in § 98 V 1 S. 258; Fleck aaO. S. 253, 255; Foertſch aaO.; Frankenburger aaO.; Gierke aaO. S. 520; Goldmann Lilienthal § 97. 2 beſ. Anm. 13, § 98 Anm. 28 (S. 377. 384); Kipp aaO.; Krahmer aaO. S. 56;

[1]) Ein näheres Eingehen auf die theoretiſch ſehr wohl denkbare, aber dem BGB. offenbar nicht entſprechende Auffaſſung, als würde durch das vom Schuldner zu vertretende Unmöglichwerden ſeiner Leiſtung die Gegenleiſtung ſo wenig tangiert, daß der Schuldner unter Anbieten des Schadenerſatzes die Gegenleiſtung fordern dürfte, kann unterbleiben, da ihre Unhaltbarkeit für das BGB. allgemein anerkannt wird. Wir folgern allerdings die Berechtigung der Ausſchließung dieſer Anſicht nicht mit Schöller (aaO. Bd. 44. S. 613. 614) und Jacobi (aaO. S. 46. 47) aus dem Vergleich der Rechte, die dem Leiſtungsberechtigten nach § 323 Abſ. 1 und nach § 325 BGB. zuſtehen (Näheres unten), ſondern mit Planck (zu § 325. 1 a. Abſ. 2) aus dem Umſtande, daß nur dem Gläubiger, nicht auch dem Schuldner durch § 325 (und ebenſo auch durch § 326) Rechte eingeräumt werden.

Leo aaO. S. 24; Littmann aaO. S. 43; Müller aaO.; Oswalt aaO.; Rehbein aaO § 320/327 Nr 23 S. 190; Saenger aaO. S. 28; Schöller aaO.; Schreier aaO. S. 37. 38: Staffel aaO.; Staub HGB. II S. 1493 ff. (8. Afl.) und II S. 1277 Anm. 2 ff. der 6. und 7. Afl., auf welche die neuere Auflage ausdrücklich verweist; Staudinger (Kuhlenbeck) aaO. Vorbemerkungen zu den §§ 323 327 S. 150. 151, zu § 325 1a S. 155; dazu noch einige Redner über das Thema: „Worin besteht der Schadenersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages?" auf dem 27. deutschen Juristentag (Verhandlungen Bd. IV S. 112/161.) De lege ferenda: Lehmann aaO. S. 29 ff.

Aus der Praxis stehen auf demselben Standpunkt: Das Reichsgericht (Bd. 50 S. 262; Bd. 52 S. 352; Bd. 53 S. 14; Bd. 57 S. 106; Bd. 58 S. 177; Bd. 60 S. 346; Bd. 61 S. 279; Bd. 66 S. 67) und die Oberlandesgerichte Darmstadt, Hamburg, Posen und das Landgericht Gießen (alle aaO.).

Die Differenztheorie hat eine sehr mannigfache theoretische Ausgestaltung durch ihre Vertreter erfahren. Alle Anhänger dieser Theorie sind einig in dem praktisch sehr wichtigen Resultat: Sobald Schadenersatz wegen Nichterfüllung gefordert wird, entfällt die dem Schadenersatzberechtigten durch Vertragsschluß auferlegte Gegenleistung und als Schadenersatz wegen Nichterfüllung wird die Wertdifferenz zwischen dem Interesse des Ersatzberechtigten an der Leistung des vertragsbrüchigen Teils und dem Interesse verlangt, das die einbehaltene Gegenleistung für ihn hat, wonach also die Ersatzforderung gleich zu setzen ist demjenigen Geldbetrage, den die Leistung des nunmehr Schadenersatzpflichtigen unter Abrechnung des Wertes der einbehaltenen Gegenleistung für den Gläubiger hat.

Uneinig ist man vor allem über drei Punkte:

1.) Die einen verneinen die Verpflichtung zur Gegenleistung, weil der Vertrag erloschen sei[1]), die anderen (und zwar die große Mehrzahl), trotzdem sie den gegenseitigen Vertrag für weiterbestehend erachten[2]).

2.) Wenn zur Zeit des Eintritts der Schadenersatzberechtigung der Berechtigte seine Leistung schon bewirkt hat, lassen es die einen dabei bewenden und geben dem vertragstreuen Teil kein Rückforderungsrecht[3]), während andere ihm den Herausgabeanspruch nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung zusprechen[4]).

3.) Viele sehen in den §§ 325. 326 BGB. nur den Differenzanspruch und halten ihn für den einzigen, den der Berechtigte erheben kann, einige

[1]) so Bechmann aaO; Staffel aaO. bes. S. 471. Ueber die Ansicht Schöllers, die sich wohl nicht mit der der Vorgenannten deckt, cf. Seite 36 f.

[2]) z. B. RG. 50 S. 262 ff; Staudinger zu § 325. 1a β.

[3]) Staub aaO.

[4]) Schöller aaO. Bd. 44 S. 636; ohne Angabe, auf welchem Wege Herausgabe verlangt wird, Cosack BGB. § 99. II. 2.

lassen neben diesem Differenzanspruch der §§ 325, 326 den Surrogationsanspruch nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 280 ff. BGB. zu[1]).

Endlich glauben andere, in den §§ 325, 326 den Surrogationsanspruch erblicken und trotzdem den Differenzanspruch daneben zulassen zu müssen, wenn die dem Ersatzberechtigten vertraglich auferlegte Leistung auf Geld geht, und zwar soll der Berechtigte hier „grundsätzlich" (soll heißen regelmäßig, cf. Verhandlungen Bd. 4 S. 120 oben), der Verpflichtete „soweit es der Billigkeit entspricht", den Schadenersatzbegriff nach der Differenzmethode fassen können; ob die Voraussetzungen der Aufrechnung gegeben sind oder nicht, ist dabei unbeachtlich. Hingegen soll nach dieser Ansicht in allen Fällen, wo keine Geldleistung des vertragstreuen Teils in Frage steht, der Ersatzberechtigte nur dann seine Leistung einbehalten und seine Forderung auf den Ueberschuß richten dürfen, wenn ihm die Bewirkung dieser Leistung billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann[2]).

§ 4.

Fragen wir uns, wie ist es möglich, daß zwei so ganz entgegengesetzte Anschauungen über die Natur des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung gleich beim Erscheinen des BGB. auftauchen und sich bis heute behaupten können, so müssen wir auf die allgemeinen, sich auf die praktischen Lebensverhältnisse stützenden Erwägungen zurückgreifen, auf denen jede der verschiedenen Ansichten aufbaut, und deren keiner man — aus Gründen, die im Wesen des gegenseitigen Vertrages wurzeln — eine gewisse Berechtigung absprechen kann.

Wenn bei einem gegenseitigen Vertrage Schadenersatz wegen Nichterfüllung gefordert wird, so ist die eine Leistung, für die die andere als Gegenwert gegeben zu werden bestimmt war, hinfällig geworden und es handelt sich um das Problem: Wie ist dem vertragstreuen Kontrahenten der vom anderen Teil zu vertretende Ausfall der Leistung zu ersetzen, so zwar, daß auch der vertragsbrüchige Teil nicht über Gebühr belastet wird.

Die Differenztheorie sagt nun: Da jede Partei beim Vertragsschluß willens war, eine bestimmte Leistung gegen eine bestimmte Gegenleistung auszutauschen, so hindert nichts, beim Vorliegen der Schadenersatzvoraussetzungen auch den vertragstreuen Kontrahenten, den doch die Aussicht auf die bestimmte vom Gegner beim Vertragsabschluß gebotene, nun in Wegfall kommende Gegenleistung zum Ver-

[1]) Kipp S. 258/59; Rehbein S. 190 Nr. 23; Staudinger zu §§ 323/27 S. 151 (Ruhlenbeck); Schöller aaO. Bd. 44. S. 640.

[2]) So die auf dem 27. Deutschen Juristentage gefaßte Resolution. Strohal und Neumann wollen bei Geldleistung des vertragstreuen Teils dem anderen Teil „grundsätzlich" das Recht zusprechen, auf Berechnung des Schadenersatzes nach der Differenztheorie zu bestehen. Andererseits will Enneccerus (aaO. S. 698 Anm. 20) dieses Recht dem vertragsbrüchigen Kontrahenten „nicht oder nur in äußerst seltenen Fällen" zugestehen.

trage getrieben hat, von seiner Leistungspflicht zu entbinden, ja, das Gegenteil – ihm nämlich die Aufopferung dieser Leistung gegen „ein bloßes Surrogat" zuzumuten — sei unbillig und ungerecht[1]).

Dagegen wendet die Surrogationstheorie ein: Die von der Gegenseite im vermeintlichen Interesse des Schadenersatzberechtigten verfochtene Anschauung trage dessen wirklichem Interesse zumeist sehr wenig Rechnung. Es könne ein Geschenk von sehr zweifelhaftem Wert sein, das man dem Schadenersatzverlangenden durch Einbehaltung seiner Leistung gewähre; man übersehe dabei völlig, daß es dem am Vertrage Festhaltenden häufig sehr ungelegen kommen werde, seine Leistung, für die er sonst keine Verwendung habe, behalten zu müssen, und daß ihm umgekehrt sehr daran gelegen sein werde, sie loszuschlagen[2]).

Angesichts dieser ganz entgegengesetzten Meinungen über die dem Schadenersatzfordernden zuträglichste Regelung — ob Einbehalten, ob Losschlagen seiner Leistung — gehen diejenigen, die dem Ersatzberechtigten die Wahl geben wollen zwischen Differenz- oder Austauschanspruch, von der Erwägung aus, daß man nicht ohne weiteres und schlechthin die eine odere andere Ansicht als die für alle Fälle das Richtige treffende bezeichnen könne; es sei quaestio facti, wie der Betreffende am besten seinen Schaden decken könne, und deshalb habe das Gesetz ihm auch freigestellt, wie er seine Forderung stellen wolle.[3])

§ 5.

Wenn wir nun auf die näheren gesetzlichen Begründungen der verschiedenen Ansichten eingehen und ihre Stichhaltigkeit prüfen wollen, so ist das für und wider sprechende Material ein so großes, daß man sich zuerst klar werden muß, auf welchem Wege man am besten zum Ziele gelangen kann. — In dem Streit um die Surrogations- oder Differenztheorie wird gekämpft mit Gründen, die sich stützen auf historische Momente und Gesetzesinterpretation oder die sich ergeben aus der praktischen Brauchbarkeit der einen oder anderen Auffassung. Ist es nun ratsam, diesen letzteren Weg zu wählen, also an der Hand praktischer Beispiele das Pro et Contra zu erwägen und namentlich in Rücksicht auf das hierbei herausspringende Resultat seine Stellungnahme einzurichten? Diesen Weg schlägt z. B. Strohal[4]) ein, weil er glaubt, „unser Problem sei vom Standpunkt der absoluten Theorie überhaupt nicht zu lösen und man, wenn man das versuchen wollte, immer auf verschiedene tote Punkte gelangen würde". Daß die Gefahr, bei abstrakten Erwägungen hier und da einmal auf einen toten Punkt zu kommen, gegeben ist, soll nicht geleugnet werden; aber hier gilt es,

[1]) z. B. Schöller aaO. Bd. 44 S. 611.
[2]) z. B. Oertmann Kommentar zu § 325. 1 c. a. S. 164; auch Strohal Verhandlungen IV. S. 121.
[3]) z. B. Kipp aaO. S. 258/59.
[4]) Verhandlungen Bd. 4 S. 117 ff.

von zwei Uebeln das kleinere mit in Kauf zu nehmen, und daß die praktische Methode Strohals von einer ganz bedenklichen Auffassung getragen wird, sagen seine eigenen Worte: „Das Wesentliche ist, wie entschieden wird, bezüglich der Begründung werden die Meinungen oft auseinandergehen.“ [1] [2]

Uns erscheint es nicht angängig mehr oder weniger nach der Brauchbarkeit in der Praxis dem Gesetz diese oder jene Auslegung zu geben, für die das Gesetz selbst keinen Anhalt bietet[3]. Das Gesetz ist oberste Richtschnur für jede Entscheidung und nicht die Brauchbarkeit des Resultats: Diese mag einmal zur Unterstützung, darf aber nie zur Begründung einer Ansicht herangezogen werden. Entschieden abzulehnen ist deshalb die von Zitelmann[4] vertretene Meinung, daß nach dem BGB. überwiegende Gründe für die Austauschtheorie sprächen, weil er aber davon überzeugt sei, daß die Praxis damit nicht auskommen könne, so sei er selbstverständlich bereit, einem Auswege zuzustimmen, der aus dem Dilemma herausführe.

Wenn aus dem Gesetz, wie hier, direkt kein Aufschluß zu erwarten steht — denn dann wäre die Kontroverse wohl gar nicht aufgetaucht —, so müssen für die Feststellung, welche Auffassung dem Sinne des Gesetzes entspricht, historische, terminologische und dogmatische Momente ausschlaggebend sein[5], und erst, wenn man so eine feste Meinung über den Willen des Gesetzes gewonnen hat, läßt sich über die praktische Brauchbarkeit reden.

§ 6.

Die Auffassung des Schadenersatzanspruches wegen Nichterfüllung im Sinne des Surrogationsanspruches ist uns aus dem römischen Recht überkommen. Wurde im Falle des Erfüllungsverzuges Schadenersatz wegen Nichterfüllung vom Schuldner verlangt, so wurde das Synallagma dadurch nicht berührt, jeder Teil blieb aus ihm berechtigt und verpflichtet[6], und da man von der völligen Selbstständigkeit der beiderseitigen Verpflichtungen beim gegenseitigen Vertrage ausging[7], so stand selbst

---

[1] Verhandlungen IV. S. 132. — Strohal glaubt allerdings, daß er zu seinem Endergebnis auf Grund des Gesetzes gekommen sei (Verhandlungen IV. S. 156/57), aber aus seiner ganzen Darstellung erhellt, daß ihn vorwiegend praktische Gesichtspunkte geleitet haben.

[2] Auch Müller (aaO. S. 548) rückt von der Beweisführung Strohals ab, allerdings aus einem ganz anderen Gesichtspunkt als wir; er gesteht der praktischen Methode große Vorzüge zu, die Beispiele Strohals verlören aber, wenigstens soweit sie sich gegen die Differenztheorie kehrten, ihren Halt, weil ihnen die Hauptsache fehle, nämlich die Feuerprobe der Wirklichkeit.

[3] ähnlicher Grundgedanke bei Fischer aaO. S. 192.

[4] Verhandlungen IV. S. 151.

[5] so v. Mayr aaO. S. 171.

[6] Selbst ein gesetzliches Rücktrittsrecht wurde dem vertragstreuen Kontrahenten i. a. nicht zugestanden. (Dernburg Pandekten II. (7. Aufl.) S. 117.)

[7] Dernburg. Pandekten II. S. 57.

dem vertragsbrüchigen Kontrahenten ein klagbarer Anspruch auf die Leistung des Vertragsgegners zu[1]). Auch dann, wenn der Leistungsgegenstand infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes untergegangen war, war für die Hauptanwendungsfälle des gegenseitigen Vertrages, für den Kauf und die ihm verwandten Geschäfte, die Regelung im Sinne der Austauschtheorie getroffen: Das Synallagma blieb unberührt und die Gegenleistung mußte nach wie vor bewirkt werden[2]).

Die Beeinflussung durch das römische Recht mag es denn auch rechtfertigen, daß man bei der Lektüre der einschläglichen Literatur immer wieder die Surrogationstheorie als die — man möchte sagen konservativere hingestellt sieht, der gegenüber die Differenztheorie als Eindringling behandelt wird. Das ist nicht nur in den Schriften der Anhänger der Austauschtheorie, sondern auch in den Abhandlungen der Gegner dieser Lehre der Fall. Und doch ist die Differenztheorie, wenn auch erst eine Schöpfung späteren Rechtes und nicht so alt wie die Surrogationstheorie, gar nicht ganz jungen Datums. Nach Strohal[3]) finden wir ihre Grundgedanken schon im mittelalterlichen Münchner Stadtrecht zum Ausdruck gebracht. Sicher ist jedenfalls, daß verschiedene Gesetzesentwürfe und Gesetze des vorigen Jahrhunderts stark zu ihr hinneigen. So heißt es im Entwurf eines BGB. für das Königreich Bayern im Art. 138:

„Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil in der Erfüllung säumig, so hat der andere die Wahl, ob er die Erfüllung oder Auflösung des Vertrages, Rückgabe des von ihm Geleisteten und Schadenersatz verlangen will.

Fordert der Kläger die Auflösung des Vertrages, so kann dem Beklagten, wenn er sofort nach Mitteilung der Klage darum nachsucht, vom Richter nach Umständen eine Frist zur Leistung bewilligt werden, jedoch nur insoweit das Interesse des Klägers dies gestattet. . . ."

Das Schweizer „Bundesgesez über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881" trifft folgende Regelung:

Art. 122: „Wenn sich bei zweiseitigen Verträgen der eine Teil im Verzuge befindet, so ist der andere berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusezen oder durch eine zuständige Behörde ansezen zu lassen mit der Androhung, daß mit Ablauf dieser Frist der Vertrag aufgelöst sei."

Art. 124: „In den Fällen der Artikel 122 und 123 (dieser handelt von Fixgeschäften) kann der vom Vertrage Zurücktretende das von seiner Seite Geleistete zurückfordern und überdieß, wenn er ein Verschulden nachweist, Schadenersatz verlangen."

Art. 125: „Wenn in Folge Verzuges des Schuldners die Leistung

[1]) Müller aaO. S. 545.
[2]) Bechmann aaO. S. 194 f. § 310.
[3]) Verhandlungen IV. S. 115.

für den Gläubiger nutzlos geworden ist, so kann dieser die Annahme verweigern, die Gegenleistung zurückbehalten oder, wenn sie schon geschehen ist, zurückfordern und überdieß wenn er ein Verschulden nachweist, Schadenersatz verlangen.'

Im Code civil heißt es (Art. 1184): „La condition résolutoire est toujours sous entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l' une des deux parties ne satis-fera point à son engagement. Daus le cas le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l' autre à l'exécution de la convention où elle est possible, ou d 'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice et il peut être accordé au defendeur un delai selon les circonstances."

Das englische Recht endlich sagt (Sale of goods Act 1893 56 u. 57 Vict. Ch. 71): Sect 50: „Where the buyer wrongfully neglects or refuses to accept and pay for the goods, the seller may maintien an action against him for damages for ne acceptance. The measure of damages is the estimadet loss directly and naturally resulting in the ordinary course of events from the buyers breach of contract." Sect. 51: „Where the seller wrongfully neglects or refuses to deliver the goods to the buyer, the buyer may maintien an action against the seller for damages for non delivery. The measure of damages is the estimated loss directly and naturally resulting in the ordinary course of events from the sellers breach of contract."

Auch aus der jüngeren Deutschen Gesetzgebung werden (abgesehen vom HGB.) eine Reihe von Vorschriften im Sinne der Differenztheorie ausgelegt, so das Depotgesetz vom 5. VII 1896 § 4[1]), § 16 Ko[2]), § 18 Ko[3]).

Lassen wir hier ganz dahingestellt, ob wirklich allen zuletzt angezogenen Gesetzesstellen der Gedanke der Differenztheorie zugrunde liegt, so geht doch soviel aus der Zusammenstellung der in- und ausländischen Bestimmungen hervor, daß der Differenzanspruch schon des öfteren legislatorisch verwendet worden ist; dieser Umstand aber beweist, daß die Differenztheorie nicht, wie z. B. Kisch[4]) nachzuweisen versucht, unvereinbar ist mit dem Begriff des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung.[5]) Weiteren praktischen Wert für die Stellungnahme zu unserer Streitfrage hat diese Uebersicht nicht, da es sich hier lediglich darum handelt festzustellen, ob nach positivem Recht des BGB der

[1]) und [2]) Kipp aaO. S. 261, 262.
[3]) Enneccerus aaO. S. 697, 698.
[4]) in „Schadenersatz" S. 96 ff.
[5]) so auch Kipp aaO. S. 262.

Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung als Differenzanspruch aufzufassen ist oder nicht. Hierfür ist von weit größerer Bedeutung als die oben angeführten Gesetzesbestimmungen der fast regelmäßig bei den Gegnern der Austauschtheorie wiederkehrende Hinweis auf die Handelsgesetzgebung und zwar aus dem Grunde, weil sich aus den Motiven und Protokollen zum BGB.[1]) unzweifelhaft ergibt, daß das BGB. auf das alte HGB. bezugnimmt und weil ferner die Materialien zum neuen HGB. und dieses selbst auf das BGB. zurückgreifen[2]). Auf die Beziehung zwischen Handelsgesetzgebung und BGB. wird deshalb des Näheren einzugehen sein. Vorerst aber zu den fraglichen Bestimmungen des BGB. selbst!

§ 7.

Der Wortlaut der §§ 325, 326 wird von den Vertretern der Surrogations- wie auch der Differenztheorie für ihre Ansicht in Anspruch genommen, wobei zum Beweise für die Richtigkeit der ersteren meist § 325[3]), zum Beweise der Richtigkeit der letzteren § 326[4]) als Ausgangspunkt dient, während Schöller[5]) das Hauptgewicht auf den in beiden §§ sich findenden Passus „die Erfüllung des Vertrages" habe kein Interesse für den Empfangsberechtigten, legt.

§ 325 Abs. 1 S. 2 hat folgenden Wortlaut: „Bei teilweiser Unmöglichkeit ist er (d. h. der Empfangsberechtigte), wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat, berechtigt, Schadenersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 zu verlangen oder von dem ganzen Vertrage zurückzutreten."

Läßt man für den Augenblick den Konditionalsatz einmal unberücksichtigt, so spricht die Gegenüberstellung „Schadenersatz wegen Nichterfüllung der (ganzen) Verbindlichkeit" und Rücktritt, „von dem (ganzen) Vertrage" unzweifelhaft zugunsten der Austauschtheorie[6]), nach dem Wortlaut der Bestimmung wird Schadenersatz wegen Nichterfüllung nur gefordert für die nicht erfüllte „Verbindlichkeit", keineswegs für den nicht erfüllten „Vertrag"!

Aendert sich daran etwas, wenn man die Worte „wenn die Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat" berücksichtigt?

Bevor wir auf Schöllers Argumentation, die sich auf den ersten

---

[1]) Mot. II. 211, Prot. I. 644.

[2]) z. B. Denkschrift zum Entwurf eines HGB. S. 219 ff; § 375 Abs. 1. S. 1 HGB.

[3]) z. B. Kleineidam aaO. S. 143 ff; Oertmann Kommentar S. 164 1c;

[4]) z. B. R. G. 56 S. 262 ff; Kipp aaO. S. 273. S. 277. Nr. 7; Rechtsprechung IV S. 18 (OLG. Hamburg.)

[5]) aaO. Bd. 44. S. 617 ff. bes. 621/22; Bd. 45 S. 519.

[6]) Endemann aaO. § 125. S. 707 Anm. 37; Kleineidam aaO. S. 141; v. Mayr S. 179; Oertmann Kommentar zu § 325 1c. S. 164; Planck zu § 325, 1 a. S. 150.

Entwurf und die Protokolle zur zweiten Lesung stützt, näher eingehen, wollen wir die Gesetzesbestimmung nur ihrem Wortlaut nach ohne Rücksicht auf die Materialien betrachten;[1]) dann aber kann der von Schöller angezogene Passus nichts verschlagen. Denn unsere Frage lautet doch: was wird unter bestimmten vom BGB. normierten Voraussetzungen mit der Gegenleistung? Und die unzweideutige Antwort des Gesetzes lautet: unter einer bestimmten Voraussetzung kann man Schadenersatz wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeit fordern oder vom Vertrage zurücktreten. Zieht man zur Auslegung der Worte „Schadenersatz wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeit" die Worte „Erfüllung des Vertrages" heran, so wirft man ungerechtfertigterweise die Frage nach der Wirkung die hier allein interessiert, zusammen mit der Frage nach der Voraussetzung, die diese Wirkung auslöst[2]). Dasselbe gilt in Ansehung der Worte „Erfüllung des Vertrages hat kein Interesse" analog für § 326 Abs. 2 BGB.

Wenn also die im Gesetze erfolgte Gegenüberstellung des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeit und des Rücktritts vom Vertrage (§ 325 Abs. 1. S. 2 BGB.) zugunsten der Surrogationstheorie spricht, so wird dieser Eindruck noch bestärkt durch den in demselben Satz sich findenden Hinweis auf den § 280 BGB.; es heißt Schadenersatz wegen Nichterfüllung sei zu verlangen „nach Maßgabe des § 280 Abs. 2." Da nun der § 280 sich findet im zweiten Buch des BGB., welches das Recht der Schuldverhältnisse behandelt und an der fraglichen Stelle den Schadensanspruch regelt ohne Rücksicht, ob die Leistung entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt, so ist in dieser Vorschrift die Frage nach dem Gegenwert zum mindesten offen gelassen, den Schadenersatzanspruch hier als Differenzanspruch aufzufassen, ist ausgeschlossen[3])

Die Bezugnahme des Gesetzes auf § 280 wird denn auch von einigen Gegnern der Austauschtheorie als gegen ihre eigene Auffassung sprechend anerkannt, so sagt Müller[4]): „Leider findet die Streitfrage ihre Hauptstütze in Bestimmungen des BGB. Hier mag nur die Bezugnahme auf § 280 Abs. 2 BGB. in dem zweiten Satze des § 325 erwähnt sein, die mit der Annahme einer Konzentrierung des gegenseitigen Vertrages auf einen einseitigen Ersatzanspruch schwer vereinbar ist." Und derselbe Grund nötigt Kipp, der doch auch in

[1]) Denn zuerst muß das „losgelöst von jeder menschlichen Persönlichkeit in die Erscheinung tretende Wort des Gesetzes als bindend betrachtet werden werden. . . . Es gibt keine Vermutung für die Richtigkeit der in den Materialien niedergelegten Auffassungen des Gesetzes." (Fischer Henle aaO. S. XXVII. XXVIII.)

[2]) ähnlich Jacobi aaO. S. 59; Kisch „Unmöglichkeit" S. 133 Anm. 21; derselbe „Schadenersatz" S. 91; v. Mayr aaO. S. 180.

[3]) so unter anderen auch Kipp aaO. S. 257 (sub 3). 258, 259; er verweist zum Beweise der wohl kaum bestreitbaren Auffassung mit Recht noch auf die Regelung der §§ 281, 310, 342 BGB.

[4]) aaO. S. 547.

den §§ 325, 326 lediglich den Anspruch auf die Differenz beim Schadenersatz verwirklicht sieht, folgendes Zugeständnis ab:[1]) „Der wunde Punkt in der von mir vertretenen Auffassung ist die sonderbare Behandlung, welche die teilweise Unmöglichkeit in § 325 BGB. erfahren hat. Das gebe ich auch jetzt zu: § 325 Abs. 1 S. 2 kann man bei unbefangener Interpretation nicht)[2] im Sinne des Differenzanspruches verstehen."

Wenn man aber § 325 Abs. 1 S. 2 nicht im Sinne der Differenztheorie verstehen kann, jedoch für § 325 Abs. 1 S. 1 die Auffassung, der Schadenersatz wegen Nichterfüllung sei gleich dem Wert der Leistung vermindert um den Wert der Gegenleistung, beibehält, dann kann man nicht umhin, dem Gesetzgeber eine ganz unverständliche Inkonsequenz in der Behandlung des § 325, Abs. 1 S. 1 und S. 2 zum Vorwurfe zu machen, wenn man — wie Kipp, Rehbein und Staudinger[3]) — neben den Rechten aus §§ 325, 326 dem Leistungsberechtigten noch die Rechte aus § 280 zusprechen will. Denn dann ergibt sich folgendes überraschende Resultat:

Bei völliger Unmöglichkeit der Leistung hat der Schadenersatzberechtigte wahlweise den Anspruch auf die Wertdifferenz zwischen ursprünglich geschuldeter Leistung und seiner eigenen einbehaltenen Gegenleistung (§ 325 Abs. 1 S. 1) oder den Anspruch auf „den Ersatz des vollen Interesses an der ausgebliebenen Leistung unter Entrichtung der Gegenleistung" (§ 280); Dagegen:

Bei teilweiser Unmöglichkeit ist der Berechtigte, wenn die teilweise Vertragserfüllung kein Interesse für ihn hat, allein auf den „Schadenersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs. 2" angewiesen, der bei völliger Unmöglichkeit — nach Ansicht der Vertreter der Differenztheorie — gegebene Differenzanspruch fällt hier kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung fort!

Dieses ganz unhaltbare Resultat, dem jede innere Begründung mangeln würde, erkennt Kipp auch als aus seiner Auffassung sich ergebend an[4]), aber es nötigt ihn doch nicht, von seiner Grundanschauung abzulassen; er gibt zwei absolut unbrauchbare Mittel an, die dieses sonderbare Ergebnis annehmbar machen sollen, resp. über dasselbe hinweghelfen sollen.

„Man kann — so sagt er — bei dem Wortlaut des § 325 Abs. 1. S. 2 stehen bleiben, also anerkennen, daß für den dort bezeichneten Fall das Gesetz nur in den Anspruch auf das Erfüllungsinteresse (gegen Gegenleistung) gewährt; man kann es erträglich finden, daß der Gläubiger für diesen Fall ein Recht weniger hat, als er

[1]) Verhandlungen IV. S. 136 und dazu Gutachten Kipps aaO. S. 286/87.

[2]) im Text findet sich statt „nicht" „nur", ein zweifelloser Druckfehler!

[3]) Kipp aaO. S. 250. 2; Rehbein aaO. zu §§ 320—27. Nr. 23. S. 190; Staudinger (Kuhlenbeck) zu §§ 320—327 Vorbem. S. 151.

[4]) aaO. S. 286.

folgerichtig haben müßte"; daß bei dieser Auffassung das Resultat immer noch jede Folgerichtigkeit vermissen läßt, gibt der Autor selbst zu.

„Man kann aber auch den etwas kühnen Schritt tun, das fehlende Recht aus der Gesamttendenz des Gesetzes zu ergänzen. Man kann sagen, daß das Gesetz die teilweise Unmöglichkeit für den Fall mangelnden Interesses des Gläubigers an der Teilerfüllung der gänzlichen Unmöglichkeit gleichstellen wollte, und daß der Wortlaut des § 325 Abs. 1 S. 2 sich die Ergänzung durch die Alternative gefallen lassen muß, daß der Gläubiger statt des Erfüllungsinteresses (gegen Gegenleistung) auch die Differenz fordern kann. Wir unserseits würden vor diesem Schritt nicht zurückschrecken". Schon die Ausdrucksweise zeigt, wie sehr sich Kipp der Gewaltsamkeit seiner Interpretation bewußt ist; er spricht das an anderer Stelle[1]) auch offen aus: „Ich weiß sehr wohl, daß man diese Behandlung des § 325 Abs. 1 S. 2 und der entsprechenden Vorschrift des § 326 sehr willkürlich nennen kann. Wer sich zu ihr nicht entschließen mag, wird den Differenzanspruch aufgeben müssen." Man kann aber ein Verfahren nicht billigen, bei dem dem Gesetzestext eine Auslegung zuteil wird, die durch den klaren Wortlaut der Bestimmung ausgeschlossen ist. Der Annahme, man könne grundsätzlich dem Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen wahlweise den Inhalt des Erfüllungsinteresses (unter Bewirkung der Gegenleistung) nach § 280 oder den der Wertdifferenz nach § 325 geben, stellt sich hier ein nicht zu beseitigendes Hindernis entgegen. —

Wenn nun für den Satz 2 des § 325 Abs. 1 die Differenztheorie ausgeschlossen erscheint und somit also nur noch die Austauschtheorie für diesen Fall übrig bleibt, so liegt kein Grund vor, warum man dieses Resultat nicht auch auf den Satz 1 dieses § übertragen sollte, ist doch selbst aus den Ausführungen Kipps (als Gegners des Surrogationsanspruches für die §§ 325. 326) zu erkennen, daß er eine gleiche gesetzliche Regelung für § 325 Abs. 1 S. 1 und 2 als „folgerichtig" anerkennt.

Indirekt beruft sich auch Strohal[2]) zum Beweise der Behauptung, der Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung im Sinne des § 325 sei kein reiner Differenzanspruch, auf den Wortlaut dieser Bestimmung und insbesondere auf die Bezugnahme auf § 280. Mit Recht weist er darauf hin, daß die Redaktoren des BGB. unmöglich um die Behandlung der Fragen: woran erkennt man, ob der Gläubiger Schadenersatz nach § 280 oder den Differenzanspruch nach § 325 geltend macht,[3]) und: welcher Zeitpunkt, der des Unmöglichwerdens der Leistung oder

[1]) aaO. S. 287.

[2]) Verhandlungen IV. S. 124.

[3]) Derselbe Gedanke bei Kisch „Schadenersatz" S. 121., A. A. freilich Kipp aaO. S. 280, die Unsicherheit des Schuldners darüber, was denn nun von ihm verlangt werde, sei durch „Rückfrage" beim Gläubiger zu heben. —

der der Erklärung des Gläubigers, soll für die Differenzberechnung entscheidend sein? — herumgekommt hätten, wenn sie § 325 im Sinne der Differenztheorie hätten regeln wollen; „der Gesetzgeber hätte sich (dann) mit Notwendigkeit ganz anders ausdrücken müssen, als er sich ausgedrückt hat."

Wollte man sich nun die Argumentation der Vertreter der Differenztheorie zu eigen machen, die ihre aus § 326 hergeleitete Anschauung auf § 325 als „höchst wahrscheinlich auch für diesen §" übertragen[1]), so könnte man auch die Erfüllungstheorie des § 325 dem § 326 zugrunde legen.

Aber den § 326 betrachten die Gegner des Surrogationsanspruches gerade als Stützpunkt für ihre Ansicht. Wie verhält es sich damit?

Das RG. sagt[2]), der Wortlaut des § 326 Abs. 1 spräche direkt gegen die Annahme, daß der Verkäufer (also der Gegner des Säumigen) zur Gegenleistung verpflichtet bleibe;[3]) allerdings bleibt es den Beweis dafür schuldig, denn die Argumentation: „Nichterfüllung" und die an diese geknüpfte Folge „Schadenersatzanspruch" wiesen unzweideutig darauf hin, daß das Gesetz davon ausgehe, das ganze zweiseitige Geschäft komme nach keiner Richtung hin zur Erfüllung — besagt nichts, kann doch Schadenersatz wegen Nichterfüllung sehr wohl, wie oben im § 325 Abs. 1 S. 2 bedeuten Schadenersatz wegen Nichterfüllung der gegnerischen Verbindlichkeit im Sinne des vollen Interesses des Berechtigten an der nicht bewirkten Leistung unter Entrichtung der Gegenleistung[4]). Das vom RG. als Beweis Angeführte ist ja gerade der Kern der Streitfrage, der erst bewiesen werden soll[5]).

---

[1]) Kipp aaO. S. 277; Rechtsprechung IV. S. 18 (OLG. Hamburg).

[2]) Bd. 50 Nr. 59. S. 262 f.

[3]) so auch Oswalt aaO: „Die natürliche Auslegung der Worte „Schadenersatz wegen Nichterfüllung" ist doch offenbar die, daß der Vertrag, d. h. der ganze zweiseitige, nach dem Willen der Parteien synallagmatisch zu einer Einheit verbundene und nicht auseinander zu reißende Vertrag, unerfüllt bleibt und der Säumige den durch dieses Unerfülltbleiben des Vertrages dem Nichtsäumigen entstehenden Schaden zu ersetzen hat."

[4]) so auch Kipp aaO. S. 273.

[5]) Will man überhaupt den Versuch machen, aus der Bedeutung des Wortes „Nichterfüllung" einen Schluß für eine der beiden Teorien zu ziehen so scheinen uns die Ausführungen Kischs („Schadenersatz" S. 97) und v. Mayrs, (aaO. S. 182/183) viel einleuchtender zu sein. Beide Autoren gehen von der Erwägung aus, daß kein Kontrahent bei einem gegenseitigen Vertrage imstande sei, die beiderseitigen Verpflichtungen aus demselben zu erfüllen, sondern doch nur die eine ihm zugefallene; es könne also, wenn dem einen Teil „Nichterfüllung" vorgeworfen werde, dies sich nur beziehen auf das Unmöglichmachen oder Verzögern der ihm zustehenden Leistung, und der Entgelt für die Nichterfüllung könne demgemäß nur bestehen in dem Werte, welchen die Bewirkung der unmöglich gemachten oder verzögerten Leistung hatte.

Ebenso wenig kann man mit Staub[1]) aus den bloßen Worten des § 326 Abs. 1 S. 2 „Erfüllung ist ausgeschlossen" herauslesen, daß sie neben dem oben (Seite 5/6) angegebenen Sinn etwa noch darauf hindeuten sollten, daß bei der Schadenersatzforderung wegen Nichterfüllung auch die Gegenleistung unterbleiben solle. Diese Behauptung steht mit dem Gesetzestext offenbar nicht im Einklang[2]): Der fragliche Passus „Erfüllung ist ausgeschlossen" steht augenscheinlich im engen Zusammenhang mit der (nicht rechtzeitig erfolgten) „Leistung" des Schuldners und bezieht sich nur auf diese, nicht aber auf die Gegenleistung, deren im Abs. 1 S. 2 des § 326 gar nicht Erwähnung getan ist.

Endlich stützt sich auf den Wortlaut der fraglichen Bestimmungen noch ein Argument Foertschs gegen die Surrogationstheorie; er behandelt[3]) den Fall des Zahlungsverzuges des Käufers vor Uebergabe der Ware und meint, es sei unzweifelhaft, daß mit der Wahl des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung durch den Verkäufer dem Käufer das Recht abgeschnitten werde, durch nachträgliche Erfüllung (d. h. einfache Zahlung des Preises mit Verzugszinsen) seine **mora** zu purgieren. Könne er aber nicht mehr **moram** purgieren, so sei ihm damit auch das Recht genommen, den Verkäufer zur Uebergabe der Sache zu zwingen. — Auch diese Ausführung beweist nichts gegen die Surrogationstheorie; allerdings kann der Schuldner nach der Erklärung des Gläubigers, Schadenersatz zu verlangen, nicht mehr nachträglich erfüllen, aber deshalb kann er seine **mora** doch sehr wohl purgieren durch Anbieten des Erfüllungsinteresses, das der vertragstreue Teil an der Leistung hatte.[4])

So ist denn unseres Erachtens die einzige Stelle im Text der §§ 325. 326, die einen Schluß hinsichtlich dieser Streitfrage zuläßt, der § 325 Abs. 1 S. 2 (Rücktritt vom *Vertrage* und dagegen Schadenersatz wegen Nichterfüllung der *Verbindlichkeit* nach Maßgabe des **§ 280** Abs. 2!), und zwar ist hier der Anspruch nur als Surrogationsanspruch aufzufassen. —

Nun leitet Schöller[5]) einen Stützpunkt für die Auffassung, die Surrogationstheorie allein entspräche dem Gesetze nicht, ab aus dem *Vergleich der Rechte*, die der Leistungsberechtigte nach § 325 und nach § 323 Abs. 1 hat. Er deduziert so:

Nach § 323 Abs. 1 befreie schon die zufällige Unmöglichkeit der Leistung den anderen Teil ohne Weiteres „**ipso iure**", ohne daß es irgendeiner diesbezüglichen Willensäußerung des Berechtigten bedürfe.

---

[1]) Staub, 8. Aufl. S. 1194. Anm. 25; Rechtsprechung IV. S. 17 ff. (OLG. Hamburg); Rechtsprechung IV. S. 224 (OLG. Darmstadt).

[2]) so auch Jacobi aaO. S. 62. Anm. 17; Kisch „Schadenersatz" S. 95., 96. ähnlich Kipp aaO. S. 273.

[3]) aaO. S. 64 f.

[4]) Kipp aaO. S. 273.

[5]) aaO. Bd. 44. S. 613 f. Bd. 45. S. 521 f.

Infolgedessen sei es nur ein — auch vom Gesetz durch die Bezugnahme des § 325 Abs. 1 S. 3 auf § 323 anerkanntes — Gebot der Billigkeit, dem Berechtigten dieses „ipso iure" von der Gegenleistung[1]) Befreitwerden auch dann zuzugestehen, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten habe.[2])

Einen „Fehlschluß" hat man diese Argumentation um deswillen genannt, weil das Gesetz dem Gläubiger in § 325 die Rechte aus § 323 eingeräumt habe nur „statt", nicht aber zur Verstärkung der übrigen für diesen Fall wirksamen Rechte.[3]) Dagegen meint Schöller, das Gesetz habe besagen wollen, der Gläubiger könne sich statt des Schadenanspruches mit der Geltendmachung der geringeren Rechte aus § 323 „begnügen".[4]) Wenn die fragliche Bestimmung wirklich in diesem Sinne zu verstehen wäre, so würde noch immer nicht widerlegt sein (da „sich begnügen" den Sinn hat, daß man auf etwas sonst Gegebenes verzichtet), daß beim Schadenersatz wegen Nichterfüllung der Berechtigte von seiner Gegenleistung (wie das Schöller für § 323 annimmt) ohne Weiteres entbunden sein müßte, er würde eben bei Gebrauch von Abs. 1 S. 3 des § 325 nur auf die ihm beim Schadenersatz wegen Nichterfüllung noch zustehende Wertdifferenz verzichten. Das von v. Mayr angeführte Bedenken läßt die Beweisführung Schöllers jedoch zum mindesten als sehr zweifelhaft erscheinen, denn das Gesetz spricht nur davon, daß „statt" des Anspruches auf Schadenersatz oder „statt" des Rücktritts die Rechte aus § 323 inbetracht kämen; die Auffassung, sie seien auch neben der Schadenersatzforderung gegeben (wie das Schöller in konsequenter Verfolgung seiner Ansicht annimmt), hat im Gesetz keinen Ausdruck gefunden. —

Weiter ist Schöller entgegengehalten worden, auch bei Zugrundelegung der Surrogationstheorie sei „die Lage des Gläubigers bei der vom Gegner zu vertretenden Unmöglichkeit eine bessere als bei der zufälligen, da ihm in dem ersteren Falle, abgesehen von den Rechten des § 323 BGB., noch die zwei weiteren Befugnisse des § 325 Abs. 1 S. 1 zur Wahl gegeben" seien.[5]) Die Erwägung ist an sich richtig, aber sie trifft den Kern der Sache nicht, denn sie entkräftet, Richtigkeit der Prämisse Schöllers vorausgesetzt, die Behauptung nicht, daß bei casueller Unmöglichkeit die Gegenleistung ipso iure fortfalle, während bei einer vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit (nach der Surrogationstheorie) die Gegenleistung bestehen bleibe und bewirkt werden müsse. Diese Umstimmigkeit bliebe noch immer bestehen! Wir

---

[1]) Noch weiter geht Staffel, er spricht von „ipso iure-Lösung des Vertrages", aaO. S. 471, darüber unten.

[2]) Wie Schöller: Bechmann aaO. S. 197/98; Binder in Bernhöfts und Binders Beiträgen S. 45.

[3]) v. Mayr aaO., S. 182. Dazu auch Mot. II S. 209. Prot. I S. 639:

[4]) aaO. Bd. 44. S. 638.

[5]) so z. B. Kisch „Unmöglichkeit" S. 133 Anm. 24 und „Schadenersatz" S. 88.

sagten: Richtigkeit der Prämisse Schöllers vorausgesetzt; aber hier ist gerade der Punkt, an dem Schöllers Beweisführung scheitern muß!

Man kann nämlich der Meinung nicht beitreten, als werde der Gläubiger bei casuellem Untergang des Leistungsgegenstandes „ohne Weiteres" frei[1]). Denn wenn man selbst nach Abs. 1 des § 323 die Gegenleistungspflicht als unbedingt erloschen anzusehen geneigt sein möchte, so steht dem die Vorschrift des Abs. 2 entgegen, wonach der Berechtigte zur Gegenleistung verpflichtet bleibt, sobald er die Herausgabe des an die Stelle des ursprünglichen Leistungsgegenstandes getretenen **commodums** verlangt. Wenn der Gläubiger aber „verpflichtet bleibt", so ergibt sich aus dieser Fassung, daß er eben noch nie ohne Weiteres frei geworden war; vielmehr tritt mit casuellem Untergang des Leistungsgegenstandes ein Schwebezustand ein[2]), und eine definitive Klärung der Lage erfolgt erst durch Erklärung des Berechtigten oder durch Verjährung seiner Rechte. Mit der Verwerfung der **ipso iure** eintretenden Befreiung des Gläubigers im Falle des § 323 wird aber die ganze Argumentation Schöllers hinfällig.

Einen Einwand könnte man allerdings noch machen, und er ist auch gemacht worden[3]), man kann nämlich behaupten, daß das Gesetz mit Rücksicht auf das Abhängigkeitsmoment zwischen Leistung und Gegenleistung die letztere ausdrücklich hätte aufrecht erhalten müssen, wenn die Leistung bei den §§ 325, 326 ausbliebe und statt ihrer Schadenersatz begehrt werde; an einer solchen Vorschrift fehle es aber! Dieser Einwurf beruft sich auf die Natur des gegenseitigen Vertrages und wird in diesem Zusammenhange auf seine Stichhaltigkeit geprüft werden.

Ein jedoch völlig unbestreitbares Resultat hat uns die Textbetrachtung geliefert:

Weder § 325 noch § 326 lassen irgendwelchen Hinweis erkennen, daß das Gesetz beim Schadenersatz wegen Nichterfüllung die Gegenleistungspflicht des Ersatzberechtigten als aufgehoben betrachtet; der Satz 2 des § 325 Abs. 1 steht mit einer solchen Annahme vielmehr in schroffem Widerspruch!

§ 8.

Sprechen nun die Materialien der §§ 325. 326, wie das Schöller behauptet[4]), gegen die Surrogationstheorie?

---

[1]) So besonders: Titze aaO. S. 114, 115; Schollmeyer aaO. S. 199 zu § 323, 1; Oertmann S. 158, 6b; Kisch „Unmöglichkeit" S. 219.]; v. Mayr aaO. S. 182.

[2]) Oertmann S. 158, 6b; Schollmeyer S. 199, Kisch „Unmöglichkeit" S. 219.

[3]) Oswalt aaO.

[4]) aaO. Bd. 44. S. 617 f. in Verbindung mit S. 625; die Auffassung Schöllers teilt, wenigstens im Endresultat, Kipp aaO. S. 273. 274; auch für ihn gilt das über die Ansicht Schöllers Geäußerte.

Die Zusammenstellung Schöllers aus den Verhandlungen über die fraglichen Bestimmungen scheint uns für die Stellungnahme zu der Streitfrage von nur untergeordneter Bedeutung, soweit sie sich darauf bezieht, klarzustellen, daß das Recht, Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, sich in einigen Fällen erst allmählich seinen Platz neben dem Rücktrittsrecht erobert hat. Wichtig für unsere Frage ist aber die Feststellung, daß für die Schadenersatzforderung wegen teilweiser Unmöglichkeit oder wegen Verzugs das (nicht mehr vorhandene) Interesse an der Erfüllung des Vertrages, nicht, wie zuerst vorgesehen, das Interesse an der Leistung ausschlaggebend ist.

Was hierunter zu verstehen ist, untersucht Schöller an der Hand der Kommissionsberichte; der Wortlaut der Protokolle, auf dem er fußt, lautet:

(Zunächst der Antrag, der die alte Fassung („Leistung") verbessern soll:) „Ist in den Fällen der §§ 369, 369a die dem einen Teile obliegende Leistung nur teilweise unmöglich geworden oder nur teilweise nicht bewirkt, so ist der andere Teil berechtigt, Schadenersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit (nach Maßgabe des § 224e Abs. 2 oder des § 247 Abs. 2) zu verlangen oder von dem ganzen Vertrage zurückzutreten, wenn er an der teilweisen Erfüllung des Vertrages kein Interesse hat." — Zur Begründung des Antrags bemerkte der Antragsteller: „Nach der Fassung, welche die Beschlüsse zu den §§ 369, 369a erhalten haben, solle bei einem gegenseitigen Vertrage der Gläubiger wegen teilweiser Unmöglichkeit der ihm geschuldeten Leistung nur dann zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt sein, wenn der nicht unmöglich gewordene Teil für ihn kein Interesse habe. Das Gleiche solle gelten, wenn der im Verzuge befindliche oder rechtskräftig verurteilte Schuldner vor dem Ablaufe der ihm vom Gläubiger bestimmten Erfüllungsfrist die Leistung nur teilweise bewirke. Nach dem Wortlaut der Fassung würde mithin in den Fällen der §§ 369, 369a dem Verkäufer im Gegensatze zu den Bestimmungen des HGB. Art. 354, 356, 359 das Rücktrittsrecht stets dann versagt sein, wenn der Käufer eine Anzahlung gemacht habe, weil für den Verkäufer immer ein dem Betrage der empfangenen Geldsumme entsprechendes Interesse bestehe. Dieses Ergebnis stehe mit dem Sinne der gefaßten Beschlüsse ein Widerspruch. Eine Abweichung von den Grundsätzen des Handelsrechts sei in der angedeuteten Richtung nicht beabsichtigt worden. Den gefaßten Beschlüssen liege vielmehr der Gedanke zugrunde, daß der Gläubiger in den Fällen der §§ 369, 369a wegen teilweiser Unmöglichkeit oder teilweiser Nichtbewirkung der Leistung vom Vertage zurücktreten dürfe, wenn er an der teilweisen Erfüllung des Vertrages kein Interesse habe. Bringe man diesen Gedanken zum Ausdruck, so werde das dem Verkäufer nach §§ 369, 369a zustehende Rücktrittsrecht durch eine Teilzahlung des Käufers nicht ohne Weiteres ausgeschlossen." . . .

Etwas später heißt es dann noch: „Von anderer Seite wurde befürwortet, auch die Ausübung der dem Gläubiger im § 369 a Abs. 2 eingeräumten Rechte (Rücktritt oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei Verzug ohne Setzung einer Nachfrist) davon abhängig zu machen, daß die Erfüllung des Vertrages, nicht die Leistung, mit welcher der eine Teil im Verzuge sei, infolge des Verzuges des Schuldners für den Gläubiger kein Interesse mehr habe." Die Berücksichtigung dieser Wünsche bei der endgültigen Fassung wurde beschlossen[1]).

Aus diesem Abschnitt der Entwicklungsgeschichte der §§ 325. 326 sollen sich nach Schöller folgende Lehren ziehen lassen: Der vertragstreue Kontrahent brauche zur Begründung seiner Ersatzforderung nur entweder nachzuweisen, daß er an der Bewirkung der gegnerischen Leistung oder an der Vollziehung seiner eigenen Leistung kein Interesse habe. Der Gesetzgeber glaube, sowohl bei der einen wie bei der anderen Alternative fehle dem schuldigen Teil das Interesse an der Erfüllung des ganzen gegenseitigen Vertrages, indem er von der dem Wesen des gegenseitigen Vertrages entsprechenden Auffassung ausgehe, daß der vertragstreue Teil, der seine Leistung nicht zu bewirken brauche, weil ihm das Interesse hieran fehle, auch die Gegenleistung nicht fordern könne, und daß der vertragstreue Teil, der die Gegenleistung nicht mehr beanspruche, weil ihm das Interesse hieran fehle, auch seine Leistung nicht zu bewirken brauche; das Gesetz präsumiere, daß er in beiden Fällen kein Interesse an dem Austausch der beiderseitigen Leistungen d. h. an der Erfüllung des ganzen gegenseitigen Vertrages habe. Sei es aber richtig, daß Voraussetzung der Entstehung des Schadenersatzanspruches das mangelnde Interesse des Berechtigten an der Erfüllung des ganzen zweiseitigen Vertrages sei, so könne Voraussetzung der Geltendmachung desselben Anspruchs nicht die Bewirkung der Leistung seitens des Berechtigten, d. h. die teilweise Erfüllung dieses selben Vertrages sein[2]).

Was zunächst den ersten Passus dieser Deduktion anbelangt, daß für eine Ersatzforderung das fehlende Interesse an der Bewirkung der Leistung oder der Gegenleistung genüge, so kann man ihn aus den Protokollen, wie das Schöller meint, nicht beweisen. Wenn der Autor zugibt[3]), daß anfänglich der Nachweis erbracht werden mußte, die Bewirkung der Leistung des vertragsbrüchigen Teils habe kein Interesse, so ist es eine durch die weitere Entstehungsgeschichte der §§ nicht zu rechtfertigende Behauptung, es genüge jetzt auch, daß der nichtschuldige Teil an der Bewirkung seiner eigenen Leistung kein Interesse mehr habe. In den Protokollen findet sich (abgesehen von redaktionellen Erwägungen) nur eine einzige Begründung für den Abänderungsvorschlag, und das ist die, daß man die nach der bisherigen Fassung naheliegende Meinung ausschließen wollte, als stehe

[1]) Protokolle Bd. 2. S. 62—64.
[2]) und [3]) aaO. Bd. 44. S. 621 f.

dem Verkäufer Rücktrittsrecht und Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung dann nicht mehr zu, wenn der — späterhin vertragsbrüchige — Käufer bereits eine Anzahlung geleistet habe. Ein weiterer Grund für die veränderte Gestaltung der §§ 325. 326 ist aus den Materialien nicht ersichtlich. So ist denn auch in Verfolg dieser Tatsache Erfüllung des Vertrages gleich Leistung des Schuldners gesetzt worden;[1]) damit würde dann dem Gedankengange Schöllers die Grundlage entzogen und seine weiteren Ausführungen hinfällig sein.

Aber dieser Ausweg entspricht kaum dem BGB. Macht man sich nämlich los von der Interpretation lediglich nach dem Materialienstoff und faßt, unbeeinflußt durch den Entwicklungsgang der Bestimmungen, den Gesetzestext ins Auge,[2]) so gewinnt die Sache ein anderes Gesicht: Das BGB. unterscheidet offenbar streng zwischen „Verbindlichkeit" und „Vertrag", der letztere Ausdruck ist weiter als der erstere[3]); wenn man nun § 280 Abs. 2 und § 325 Abs. 1 S. 2 vergleicht, so zwingt die Terminologie der beiden §§ wegen ihrer auffallenden Verschiedenheit (es ist nicht mehr von Interesse dort: die teilweise Erfüllung der Verbindlichkeit, hier: die teilweise Erfüllung des Vertrages) zu dem Schluß, daß der Kreis der Fälle, in denen dem Gläubiger Schadenersatz wegen Nichterfüllung zusteht, nach § 325 weiter zu ziehen ist als nach § 280, und dies geschieht dadurch, daß man zur Begründung des Schadenersatzanspruches in § 325 auch schon das mangelnde Interesse des vertragstreuen Teils an der Bewirkung seiner eigenen Leistung genügen läßt.[4]) Was für § 325 gilt, muß auch für § 326 Abs 2 wegen genau derselben Ausdrucksweise gelten.

Wenn wir, wenn auch nicht wie Schöller aufgrund der Materialien, sondern aus ganz anderen Erwägungen, zu diesem Resultat kommen, so gilt es zu untersuchen, ob die hieran geknüpften weiteren Betrachtungen Schöllers gerechtfertigt sind. Da zeigt sich aber, daß man sehr wohl diese Erweiterung der Fälle, bei denen Schadenersatzforderung oder Rücktritt gegeben sind, anerkennen kann, ohne sich der weiteren Schlußfolgerung Schöllers, die zur Differenztheorie hinführt, anzuschließen.

Zunächst krankt nämlich der Gedankengang Schöllers, wie vor allem Jacobi und Kisch[5]) hervorheben an einer **petitio principii**; Der Autor setzt als nachgewiesen voraus, daß bei verschuldeter Unmöglichkeit oder Verzug des einen Teils der nichtschuldige Teil die Gegenleistung nicht zu mehr bewirken braucht, obwohl gerade diese seine Voraussetzung der Mittelpunkt des erst Beweisbedürftigen ist.

[1]) v. Mayr aaO. S. 180.
[2]) cf. Seite 20. Anm. 1.
[3]) cf. oben Seite 19.
[4]) Jacobi aaO. S. 53; Kipp aaO. S. 273; Kisch „Schadenersatz. S. 127 f.
[5]) Jacobi aaO. S. 54; Kisch „Schadenersatz" S. 127.

Hierzu kommt ein weiterer Trugschluß. Gegenüber seiner Behauptung, „das Gesetz präsumiere, daß der nichtschuldige Teil kein Interesse an dem Austausch der beiderseitigen Leistungen, d. h. an der Erfüllung des ganzen Vertrages habe", fragt Jacobi[1]), wie denn dann überhaupt ein Schadenersatzanspruch zu begründen sei?

In der Tat nützt einem der Schadenersatzanspruch, wenn man kein vermögenswertiges Interesse nachweisen kann, gar nichts, und wenn der Sinn der Worte „Erfüllung des Vertrages hat kein Interesse" wirklich der wäre, daß nach gesetzlicher Präsumption der Austausch sowohl der Leistung als der Gegenleistung ohne Interesse für Jemandem ist, dann fällt eben (bei Unmöglichkeit und Verzug) die Voraussetzung des Schadenersatzanspruches und damit der Anspruch selbst; die Bestimmung des Gesetzes wäre danach ein hohes Wort, das niemals zu einer praktischen Handhabe für den Ersatzberechtigten werden könnte.

Schließlich kommt Schöller in konsequenter Verfolgung seiner Auffassung dazu, den Worten „Erfüllung ist ausgeschlossen" nicht nur den Sinn beizulegen, den wir ihnen (oben Seite 6) zugemessen haben, daß sie nämlich den an sich beim Schadenersatz wegen Nichterfüllung sekundären Geldersatz hier zu einem primären erheben sollen, — sondern er muß weitergehend ihnen die Bedeutung unterlegen, daß durch sie auch die Leistung des nichtschuldigen Teiles als in Wegfall kommend angedeutet werden solle.[2]) Dieser Schluß steht aber wie oben (Seite 24) ausgeführt, mit dem Gesetzestext in striktem Widerspruch.

Die drei angegebenen Gründe verbieten es, der Deduktion Schöllers[3]) beizutreten.

Fragen wir: was bedeuten denn nun die Worte „Die Vertragserfüllung hat kein Interesse"? so bleibt als einzig annehmbare Lösung

[1]) aaO. S. 55.

[2]) aaO. Bd. 44. S. 625.

[3]) Es sei darauf hingewiesen, daß das von Schöller verteidigte (aber wie oben gezeigt nicht stichhaltige) Resultat über die Bedeutung der Worte „Vertragserfüllung habe kein Interesse" in striktem Widerspruch steht zu der von ihm vertretenen Lehre vom Güteraustauschzweck des gegenseitigen Vertrages. In Band 15 S. 520 aaO. finden wir folgenden Passus: „Diese grundsätzlich unzutreffende Auffassung des Wesens des gegenseitigen Vertrages (als sei der Wertaustausch Ziel des Vertrages) muß aufs Entschiedenste zurückgewiesen werden. Nicht der Wertaustausch, sondern der Güteraustausch ist vom wirtschaftlichen Standpunkt aus betrachtet der Zweck des gegenseitigen Vertrages. Mit dieser wirtschaftlichen Bedeutung des gegenseitigen Vertrages darf die juristische Konstruktion nicht in Widerspruch treten."

Ob wirklich der Güteraustausch allein Zweck des gegenseitigen Vertrages sein kann, ist keineswegs so sicher, wie es Schöller hinstellt; [uns scheint es vielmehr Frage des Einzelfalles zu sein, ob für den Kontrahenten der Vertrag wegen des Leistungsgegenstandes als solchen oder um des durch ihn bezweckten pekuniären Gewinnes willen inbetracht kommt; ebenso Jacobi aaO. S. 54. Anm. 10; Kisch „Schadenersatz" S. 81 sub 2 83] soviel aber ist interessant zu konstatieren, daß ja gerade die von Schöller vertretene Differenztheorie, nicht die Surrogationstheorie, es ist, die diesen Austauschzweck bei vorliegender

die von Kisch vertretene Ansicht über, daß sehr wohl dem Schadenersatzberechtigten an dem Austausch seiner Leistung gegen die teilweise unmöglich gewordene oder verzögerte Leistung des anderen Teils nichts liegen kann, während für ihn die Auswechselung seiner Leistung gegen den an die Stelle der Gegenleistung getretenen Schadenersatz sehr wohl von Interesse ist.[1])

Bei der ganzen Frage ist aber festzuhalten, daß es sich bei ihr um eine gerechte Interessenabwägung lediglich hinsichtlich der Voraussetzung des Schadenersatzanspruches wegen Nichterfüllung handelt, daß also nur die Voraussetzung, nicht die Wirkung dieses Anspruches näher mit den Worten „Erfüllung habe kein Interesse" umschrieben wird.[2])

Die bisherige Materialienheranziehung vonseiten Schöllers vermag also nichts gegen die Surrogationstheorie zu beweisen. Dagegen bieten die Protokolle eine Handhabe zur Bekämpfung der Differenztheorie. Nach ihnen soll in dem Fall, wo der Schuldner, dem der Untergang seines Leistungsgegenstandes zur Last fällt, einen nunmehr vom vertragstreuen Gläubiger in Anspruch genommenen Ersatz erlangt, „der Gläubiger, welcher Abtretung des Ersatzes verlange, sich den Betrag desselben auf seine Schadenersatzforderung, wenn diese höher sei, anrechnen müssen," [3]) und an anderer Stelle[4]) heißt es, ein Käufer habe dem mit einem Teil seiner Leistung in Verzug geratenen Verkäufer gegenüber das Recht, „vom Vertrage zurückzutreten oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, mit dieser Forderung gegen die Forderung des Verkäufers aufzurechnen und den etwa überschießenden Betrag seiner Schadenersatzforderung vom Verkäufer einzuziehen".

Eine Aufrechnung kann aber nur dann stattfinden, wenn wirklich zwei Forderungen existieren; somit lassen die vorstehenden Worte nur die Deutung zu, daß – um mit Schöller[5]) zu reden – „Schaden-

Schadenersatzvoraussetzung unterbinden will und die es so hinstellt, als komme Leistung und Gegenleistung nur als Rechnungsposten für die dem Schadenersatzberechtigten zustehende Wertdifferenz in betracht; Schöller sagt aaO. Bd. 44. S. 633: „Der nichtschuldige Teil begehrt im Schadenersatz . . . . den Vermögensvorteil, den er gehabt hätte, wenn der durch Verschulden des anderen Teils unerfüllt gebliebene Vertrag beiderseits erfüllt worden wäre. .) Beide Anschauungen, Differenztheorie und Güteraustauschtheorie sind miteinander unvereinbar! (So auch Jacobi aaO. S. 54. Anm. 10 Kisch „Schadenersatz" S. 83 f).

[1]) Kisch „Schadenersatz" S. 94; Jacobi aaO. S. 56 f; nicht zustimmend, aber die hier vertretene Auffassung der Schöllers vorziehend: v. Mayr aaO. S. 180; Die theoretische Möglichkeit unserer Ansicht geben auch Schöller (aaO. Bd. 44. S. 623) und Kipp (aaO. S. 274) zu. —

[2]) cf. oben Seite 20. —

[3]) Protokolle Bd. I. 639; cf. aber die Seite 25 hieran geknüpfte Betrachtung. —

[4]) Protokolle Bd. I. S. 634. —

ersatz lediglich Surrogat der Leistungspflicht des Verkäufers ist und die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises bestehen bleibt".

Daß die Materialien nicht maßgebendes Recht sind, haben wir schon des öfteren betont; wenn man aber diese in den Rahmen der Differenztheorie nicht hineinpassenden Aeußerungen der Protokolle mit dem Bemerken abtun will, „es sei selbstverständlich, daß derartige gelegentliche Aeußerungen für den Willen des Gesetzgebers nicht beweisend sein könnten"[6]), so ist diese Auffassung eigenartig bei einem Autor, der in derselben Abhandlung wenige Seiten später sagt, was das Gesetz unter „Erfüllung des Vertrages" verstehe, lehre ein Blick auf den ersten Entwurf und die Protokolle zur zweiten Lesung, und der dem § 325 Abs. 1 S. 3 eine mit dem Gesetzestext nicht verträgliche Auslegung aufgrund der ersten hier zitierten Stellen gibt — der also sonst bei Gesetzesinterpretationen den Materialien nicht geringen Einfluß einräumt.

Der Vorwurf, die Materialien zum BGB. sprächen gegen den Surrogationsanspruch, ist demnach abzuweisen, vielmehr ein Widerspruch zwischen den Protokollen und der Differenztheorie festgestellt. —

§ 9.

In den Entscheidungen des R.G.[1]) heißt es, gegen die Differenztheorie werde gesagt sie könne sich nur stützen auf die Annahme einer Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung bei gegenseitigen Verträgen, die dem BGB. fremd sei: „Zugegeben, daß im BGB. die Abhängigkeit weniger stark ist wie in bisherigen Rechten — z. B. im Code civil art. 1184 —. Aber die im BGB. zweifellos anerkannte, allerdings beschränkte Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung reicht völlig aus, um die hier vertretene Annahme des Gesetzgebers zu rechtfertigen."

Wie hieraus ersichtlich, hat man die Lösung der Kontroverse aus der Natur des gegenseitigen Vertrages heraus versucht. Von anderer Seite[2]) wieder wird behauptet, aus diesem Gesichtspunkte sei dem Problem nicht beizukommen.

Wie steht es damit?

Die Auffassung des Wesens des gegenseitigen Vertrages kann eine sehr verschiedene sein und ist auch im Laufe der Zeit eine sehr verschiedene gewesen.[3]) Auch für das BGB. gehen die Ansichten über die Konstruktion des gegenseitigen Vertrages weit auseinander. Die einen meinen, die beiderseitigen Verpflichtungen seien grundsätzlich selbständig[4]) und kommen so zur Surrogationstheorie; andere meinen,

---

[5]) und [6]) aaO. Bd. 44. S. 612. 613.

[1]) RG. Bd. 50. No 59. S. 262; —

[2]) Kipp aaO. S. 272. 5.

[3]) Matthiaß aaO. S. 2 0. II. A. —

[4]) z. B. Oertmann Kommentar zu § 325. I c E S. 165; ähnlich Kisch „Schadenersatz" S. 74 ff. bes. S. 84.

„die im BGB. zweifellos anerkannte, allerdings beschränkte Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung reiche völlig aus," um die Differenztheorie zu rechtfertigen.[1])

Um eine Richtlinie durch das weite und sehr bestrittene Gebiet des gegenseitigen Vertrages zu behalten, muß man sich für unsere Frage folgendes vergegenwärtigen:

Das BGB. stellt unter der Ueberschrift „Gegenseitiger Vertrag" unter gewissen Voraussetzungen eine Schadenersatzpflicht wegen Nichterfüllung auf. Ob. wenn Schadenersatz wegen Nichterfüllung anstelle der ursprünglich geschuldeten Leistung beansprucht wird, die Gegenleistung bestehen bleibt oder entfällt, sagt das Gesetz nicht. Da dies aber der Mittelpunkt dieser Untersuchung ist, interessiert die gesetzliche Regelung des gegenseitigen Vertrages nur dann — und nur insoweit — wenn wir aus ihr folgern können, welche Annahme (Bestehenbleiben oder Wegfallen der Gegenleistung bei Schadenersatz wegen Nichterfüllung) der Auffassung des BGB. vom gegenseitigen Vertrage entspricht, oder mit anderen Worten: wenn es gelingen sollte, aus der Natur des gegenseitigen Vertrages heraus die Frage zu beantworten: Ist, da es an einer ausdrücklichen Bestimmung des BGB. fehlt, aus der dort getroffenen Regelung des gegenseitigen Vertrages der Fortbestand oder Untergang der vertraglich bedungenen Gegenleistung bei Nichtbewirkung der ursprünglichen Leistung zu vermuten?

Kisch versucht nun hier, aus der Bestimmung des § 323 Abs. 2 ein Argument für die Surrogationstheorie zu gewinnen[2]). Im angezogenen Fall muß der Gläubiger, wenn er vom Schuldner die Leistung eines anderen als des ursprünglichen, durch Zufall untergegangenen Gegenstandes fordert, für den Empfang dieses stellvertretenden Commodums seine eigene Leistung bewirken. Aber daraus läßt sich wohl kaum zwingend schließen, daß nun auch, wenn Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach den §§ 325, 326 verlangt wird, die vertragliche Gegenleistung zu erfüllen wäre, denn unzweifelhaft sind die tatsächlichen Gründe, die die Unmöglichkeit herbeiführten, ganz verschiedene: im Falle des § 323 trat der Untergang ein bei völlig einwandfreiem Verhalten des Schuldners, bei § 325 und § 326 hat er die Unmöglichkeit oder Verzögerung zu „vertreten". Wenn hiermit auch nicht gesagt ist, daß er die Unmöglichkeit etc. „verschuldet" hat, so hat er doch für sie aufzukommen — sie werden ihm — ob verschuldet oder nicht — zur Last gelegt. Wenn es daher der Billigkeit entspricht, im Falle des § 323 den an dem Untergange der Sache völlig schuldlosen Schuldner zur Herausgabe des etwaigen Commodums nur unter Empfang der Gegenleistung anzuhalten, so ist zugunsten des Schuldners, der für die Unmöglichkeit etc. nach den §§ 325, 326 einzustehen hat, ein Moment der Billigkeit, auf das sich sein Anspruch

---

[1]) RG. Bd. 50. No. 59 S. 262 f. —

[2]) „Schadenersatz" aaO. S. 76—78.

auf Vertragserfüllung seitens des Schadenersatzberechtigten gründen ließe, nicht anzuerkennen. Kisch's Vorbringen hiergegen, das Motiv, weshalb ein an die Stelle des ursprünglichen Schuldgegenstandes tretender anderer Gegenstand dem Gläubiger zugesprochen werde, ob wegen Verschuldens des Pflichtigen oder nicht, ob aus Erwägungen der Gerechtigkeit oder Billigkeit, erscheine dabei völlig unerheblich[1] — ist nicht erweislich und sehr anfechtbar. Die verallgemeinernde Ausdehnung der Gegenleistungspflicht aus § 323 Abs. 2 auch auf die §§ 325, 326 bleibt nach den vorstehenden Erwägungen nicht unbedenklich[2].

Viel größeres Gewicht ist den Ausführungen Kisch's beizumessen, die sich beschäftigen mit der Analogie aus § 323 Abs. 1 in Verbindung mit § 473 BGB., auf den § 323 Abs. 1 ausdrücklich verweist.[3]

Der Fall liegt so: die schuldnerische Leistung wird durch Zufall teilweise unmöglich, die Leistung des Gläubigers läßt sich nicht mindern.

Vom Standpunkt der Differenztheorie müßte dieser Tatbestand rechtlich so aufgefaßt werden: Es ist dem Gläubiger nicht zuzumuten, für eine Teilleistung, die für ihn vielleicht gar kein Interesse hat, schlechthin seine ganze Gegenleistung aufzuopfern; es muß ihm das Recht zustehen, wenn er kein Interesse mehr an der noch möglichen Teilleistung nimmt, seinen nicht verhältnismäßig reduzierbaren Entgelt einzubehalten; eine andere Regelung würde wegen der mit ihr verknüpften Härte gegen den Gläubiger nicht billig sein.

Und wie nun das Gesetz? Seine positive Entscheidung geht dahin: Der Gläubiger hat im vorliegenden Falle ohne Weiteres und ohne jede Rücksicht auf sein an der Teilleistung noch vorhandenes oder nicht mehr vorhandenes Interesse zu liefern. Der Wert, um den seine Leistung die Teilleistung des anderen Teils übersteigt, ist von letzterem in Geld zurückzuerstatten. — Also gerade das Gegenteil von dem, wie man nach der Differenztheorie entscheiden müßte! Und doch kann man hier nicht wie in dem Fall des § 323 Abs. 2 (dessen Heranziehung oben Seite 33 nicht für zwingend gehalten wurde) die gesetzliche Regelung mit dem Hinweis auf Billigkeitsgründe erklären, sie verschlagen hier nichts.

Daß die Regelung für diesen Fall nicht im Sinne der Differenztheorie getroffen ist, verkennt auch Schöller nicht, aber, wie er meint, bestätigt diese Ausnahme nur die Regel, denn niemand werde verkennen, daß es sich hier nur um einen Notbehelf handele, bei dem die Interessen des Gläubigers mit Rücksicht auf die gleichwertigen Interessen des Schuldners nur unvollkommen gewahrt seien.[4]

---

[1] „Schadenersatz" aaO, S. 78; ebenso v. Mayr aaO. S. 183.

[2] Schöller kommt aaO. Band 45. S. 521 zu einer Zurückweisung der Deduktion Kisch's dadurch, daß er die Bestimmung des § 323 Abs 2 lediglich für eine durch die Billigkeit gebotene Vergünstigung für den Gläubiger erklärt, die das Gesetz diesem gar nicht zukommen lassen könnte, wenn es nicht gleichzeitig dem anderen Teil das Recht auf die entsprechende Gegenleistung beließ. —

[3] „Schadenersatz" aaO. S. 78. 79.

[4] aaO. Band 45. S. 521.

Den Beweis, die gesetzliche Entscheidung nur als Ausnahme von der Regel ansehen zu sollen, kann Schöller nicht erbringen[1]). Warum muß, wenn wirklich die Interessen beider Kontrahenten „gleichwertige" sind, gerade der Gläubiger seine Leistung ganz bewirken, warum muß nicht der Schuldner, der doch zum Beispiel beim Kauf nach § 446 Abs. 1. S. 1 BGB. bis zur Uebergabe der Sache die Gefahr trägt, auch hier die Folgen des Zufalls auf sich nehmen?

In diesem Fall hat das Gesetz, was wir als unzweifelhaft annehmen, gesprochen gegen die Anschauung der Differenztheorie und zwar nicht mit dem Willen, eine Ausnahme von der Regel zu machen.

Hier bietet sich Gelegenheit, auf den oben Seite 26 erwähnten Einwand zurückzukommen, der besagt: „Zur Lieferung der Ware ohne Gegenleistung oder gegen eine andere als die oben genannte Leistung (hier Zahlung des Kaufpreises) z. B. gegen die Leistung eines Schadenersatzes hat er (hier der Verkäufer) sich nicht verpflichtet, er kann hierzu also nicht verpflichtet bleiben, er könnte hierzu nur verpflichtet werden, wenn das Gesetz es besonders vorschriebe. Das ist aber nicht der Fall."[2]) — Daß man eine Erklärung des Gesetzgebers **expressis verbis** nicht erwarten kann, ist klar, denn wie wäre sonst die Streitfrage überhaupt entstanden? Eine „Vorschrift" des Gesetzes, geschöpft aus der Analogie seiner Bestimmungen, ist aber, wie gesagt, hier gegeben und berechtigt zu dem Schluß: Das Gesetz hält die Gegenleistung aufrecht, selbst dann, wenn „infolge eines nachträglichen Ereignisses der ursprüngliche Schuldgegenstand nicht geleistet werden kann (und) an dessen Stelle ein anderer Vermögenswert tritt."[3])

Wir hatten oben Seite 26 — ganz abgesehen von der Regelung des § 325 Abs. 1 S. 2, die mit der Diffenztheorie unvereinbar ist — als unbestreitbares Ergebnis gefunden, daß weder § 325 noch § 326 irgendwelchen Hinweis erkennen lassen, daß das Gesetz die Gegenleistungspflicht als aufgehoben betrachtet, sobald anstelle der ursprünglichen Leistung Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt wird. Halten wir dieses Resultat der Textbetrachtung zusammen mit dem soeben festgestellten, so ergibt sich, daß nach dem positiven Recht des BGB. nur die Surrogationstheorie haltbar ist.

Zu demselben Ergebnis wird uns die folgende Untersuchung über das Verhältnis von Schadenersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt führen.

---

[1]) Dagegen auch Kisch „Schadenersatz" aaO. S. 79 Anm. 9: „Wäre der Grundsatz, daß mit der einen Naturalleistung die andere entfällt, wirklich als eine logische Folgerung aus dem Wesen des gegenseitigen Vertrages zu betrachten, so dürfte sich der zur Naturalleistung teilweise unfähige Schuldner nicht beklagen, wenn das ganze Vertragsverhältnis zerfiele, und der Gläubiger seinen unveräußerbaren bezw. unteilbaren Entgelt behielte."

[2]) Oswalt, aaO.

[3]) Kisch „Schadenersatz" aaO. S. 76. 1.

§ 10.

In den Materialien zum BGB. finden sich folgende Sätze:

„Rücktritt und aus dem Vertrage entstehender Anspruch auf Schadenersatz schließen sich aus" und:

„Der Rücktritt soll die Beteiligten in die Lage versetzen, als ob der Vertrag nicht geschlossen wäre." —

In diesen wenigen Worten liegt die vollkommene Erläuterung der jetzigen Gesetzesbestimmungen über Schadenersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt der §§ 325, 326 BGB.[1]) Es heißt in beiden §§ übereinstimmend: Der Leistungsberechtigte sei befugt, „Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten."

Die obigen Hinweise der Materialien für die Auslegung der in Frage stehenden Gesetzesbestimmungen sind fast ausnahmslos anerkannt; ganz unbestritten folgt daraus, daß durch den Rücktritt das durch Vertrag begründete Schuldverhältnis auch für die Vergangenheit erlischt,[2]) und weiter wird beinahe allgemein angenommen, daß der Schadenersatzanspruch ein Anspruch aus dem (fortbestehenden!) Vertrage ist[3]) Bezüglich dieses letzten Satzes findet man in der Literatur jedoch auch Wendungen, denen eine andere Auffassung zugrunde zu liegen scheint; so sagt Schöller wiederholt: „der ganze Vertrag löse sich in einen einseitigen Interesseanspruch des nichtschuldigen Teils auf"[4]). Hier liegt aber nur ein scheinbarer Widerspruch vor, der aus „Mängeln der Sachführung", wie Kipp[5]) es bezeichnet, entspringt; wir entnehmen das daraus, daß Schöller des öfteren darauf aufmerksam macht, der Ersatzanspruch sei „ein Stehenbleiben beim Vertrage, Geltendmachung von Rechten aus dem Vertrage"[6]); diese unzweideutige Erklärung ergibt, daß nur Ungenauigkeit des Ausdrucks ihn zu der Wendung, „der Vertrag löse sich auf," geführt hat.

Dagegen sind Bechmann und Staffel als Gegner in der Sache selbst anzusehen.

Bechmann sagt: „Es ist mir nicht zweifelhaft, daß nach § 325 BGB. das Synallagma nicht fortbesteht . ., von einem Synallagma

---

[1]) Eine erschöpfende Uebersicht über die bisherige legislatorische Behandlung des Verhältnisses von Schadenersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt — auch in der modernen ausländischen Gesetzgebung und eine Beurteilung der Frage de lege ferenda findet sich bei Kiech „Schadenersatz" S. 106—110.

[2]) und [3]) RG. Band 50. aaO.

[4]) aaO. Band 44. S. 611. 622. 624.

[5]) aaO. S. 251; er rechtfertigt diese Behauptung durch folgende Erwägung: „Der Ausspruch . ., daß infolge des vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichwerdens einer Leistung der ganze gegenseitige Vertrag sich in einen einseitigen Schadenersatzanspruch auflöse, hat keine Berechtigung, wenn sein Urheber dem Gläubiger die Wahl geben will, den Differenzanspruch zu erheben oder das Erfüllungsinteresse gegen Gegenleistung zu verlangen."

[6]) aaO. Band 44. S. 608; Band 45 S. 519.

selbst nur in abgeschwächter Weise ist hier gar keine Rede mehr"[1]; und Staffel meint: „. . Diese Ergebnisse sind unannehmbar und drängen dazu, die ipso iure Lösung des Vertrages auch als die Folge der nachträglichen verschuldeten Unmöglichkeit und des Verzuges als vom Gesetze gewollt anzusehen."[2]

Allein diese Ansicht, daß der Vertrag unwirksam werde, wird selbst von den übrigen Anhängern der Differenztheorie als unhaltbar verworfen[3] und das Reichsgericht verwahrt sich ausdrücklich gegen die Unterstellung, als huldige es dieser Auffassung[4]. Wir können zur Widerlegung Bechmanns und Staffels auf die obigen Ausführungen über den § 323 BGB. und über das Wesen des gegenseitigen Vertrages verweisen, aus denen erhellt, daß das Fortbestehen des Vertrages durch Unmöglichwerden der Leistung und Geltendmachen einer Ersatzforderung nicht tangiert wird.[5]

Abgesehen von verschwindend wenigen Ausnahmen stehen also die Vertreter sowohl der Surrogations- wie auch der Differenztheorie auf derselben Basis, beide sind sich über folgendes einig:

Der Zurücktretende geht vom Vertrage ab; da mit der Rücktrittserklärung der Vertrag erlischt und sein Vorhandengewesensein nunmehr ignoriert wird, so können nur noch kondiktionsähnliche Ansprüche auf Wiederherstellung des Zustandes, wie er vor Abschluß des Vertrages gewesen, in Frage kommen.'[6] Und weiter:

Der Ersatzfordernde hält am Vertrage fest; da der Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung im Vertrage wurzelt, macht der Ersatzberechtigte vertragliche Ansprüche geltend.[7]

Jetzt trennen sich die Wege:

Die Surrogationstheorie zieht aus diesem Gedankengang folgenden Schluß: Da der Ersatzberechtigte - nach seiner freien Wahl — am Vertrage als der Unterlage seines Anspruchs festhält und kraft des Vertrages etwas von seinem Kontrahenten verlangt, so muß auch er die ihm durch Vertrag auferlegte Verpflichtung respektieren und sie erfüllen.

Nach dieser Theorie stehen sich Rücktritt und Schadenersatz wegen Nichterfüllung in der vom Gesetz und seinen Materialien gewünschten Deutlichkeit klar gegenüber: hier: Erlöschen des Vertrages und damit Erlöschen auch der durch ihn auferlegten Leistung — beim Rücktritt; und dort: Aufrechterhalten des Vertrages und damit Aufrechterhalten auch der durch ihn dem Gläubiger auferlegten Leistung.

---

[1]) aaO. S. 197. 198. —
[2]) aaO. S. 471; dies Resultat ist eine Schlußfolgerung aus der von ihm verkannten Regelung des § 323 BGB.
[3]) z. B. Kipp aaO. S. 251. —
[4]) RG. Band 50 aaO.
[5]) Seite 25/26, Seite 32 f. (34).
[6]) und [7]): Statt Aller cf. RG. Band 50 aaO.

Die Anhänger der Differenztheorie dagegen sagen: Obwohl der Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung durch Festhalten am Vertrage bedingt ist, so lassen wir dennoch die Leistung, die dem Ersatzberechtigten oblag, untergehen.

Nun leugnet das Reichsgericht[1]) ganz entschieden, daß hierdurch ein Rücktritt vom Vertrage mit Schadenersatz wegen Nichterfüllung zugelassen sei. Aber wenn wir (wie oben Seite 37 bei Festlegung der für beide Theorien gemeinsamen Grundbasis) Rücktritt und Schadenersatzanspruch vom Gläubigerstandpunkte aus betrachten, so ist doch nicht zu bestreiten, daß sich bei der letzteren Ausgestaltung des Schadenersatzanspruches der Berechtigte von jeglicher Verpflichtung aus dem Vertrage entbindet; mag man sich dann immerhin darauf berufen, der Vertrag bestehe ja noch und der Schuldner sei aus ihm verpflichtet: Der Gläubiger selbst nimmt das Recht für sich in Anspruch, den Vertrag, soweit er ihn belastet, zu ignorieren und beruft sich nur auf ihn, soweit er ihn berechtigt, das aber erscheint nicht billig[2]); jedenfalls steht soviel fest: Die ganz klare und strenge Scheidung von Rücktritt und Schadenersatz wegen Nichterfüllung, die sich nach der Surrogationstheorie ergibt, ist hier nicht mehr zu finden. Hier ignoriert der Gläubiger, wie eben gezeigt, den Vertrag, ohne dann die vom Gesetz für diesen Fall gezogene Konsequenz:

— Das Abgehen vom Vertrage (bei bestimmten Voraussetzungen) ist nur möglich, wenn man auch den anderen Teil seiner Verpflichtung aus dem Vertrage durch Aufhebungserklärung (Rücktritt) —[3]) entbindet zu ziehen. Mit gutem Grund machen eine ganze Reihe von Vertretern der Surrogationstheorie darauf aufmerksam, daß bei einer solchen Auffassung der Sache das vom Gesetz neben den Schadenersatzanspruch gestellte Rücktrittsrecht ganz bedeutungslos sei und niemals praktisch werden würde.[4]) Denn sobald der Schadenersatzberechtigte sich passiv verhält und die ihm zustehende Differenz nicht einklagt, ist dasselbe

---

[1]) RG. Band 50 aaO.

[2]) so auch Kisch „Schadenersatz" aaO. S. 116, 3: „Es tritt mithin eine völlig ungleiche — und deshalb mit dem Wesen des gegenseitigen Vertrages in schroffstem Widerspruch stehende — Behandlung der beiden Parteien ein;" Titze aaO. S. 183 Note 35: „Wenn der Schuldner bei seinen Vertragspflichten festgehalten wird, so ist es undenkbar, daß der Gläubiger ihrer für ledig erklärt wird."

[3]) Strohal in Verhandlungen Band IV. S. 124: „ Wer vom Vertrage zurücktritt, der soll nach dem Gedanken des Gesetzgebers nicht Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung haben und dem Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung soll nicht die Funktion des Rücktritts zukommen." —

[4]) Adler Archiv aaO. S. 140 f; Emerich aaO. S. 86; Endemann aaO. § 125 Note 37 S. 707; Kisch „Schadenersatz" S. 117. 118 und „Unmöglichkeit" S. 133 Anm. 24; v. Mayr aaO. S. 177, 185 ff. bes. S. 187; Oertmann „Vorteilsausgleichung" S. 58 (cf. auch oben); Lehmann Ring Band 2 S. 131 Nr. 58 Anm. 1; Schollmeyer zu § 325 Note 2 S. 204. —

Resultat wie beim Rücktritt gezeitigt: „Beseitigung der Vertragswirkungen im Guten wie im Bösen."[1])

Treffend äußert sich Oertmann über diese Unstimmigkeit so: „Daß das Gesetz dem Gläubiger nach Wahl neben dem im Sinne der Differenztheorie entstandenen Ersatzanspruch das Rücktrittsrecht gewährt, hätte nicht den mindesten Sinn, denn alles, was dies dem Gläubiger verleiht, könnte er auch schon mit jenem erreichen; der Rücktritt bedeutete ja genau dasselbe wie ein Ersatzanspruch, dessen Betrag gleich Null ist. Kein Gläubiger würde den Rücktritt wählen, da ihm der Schadenersatz schlimmstenfalls — bei Unerweislichkeit irgend eines Schadens — immer noch als Minimum dasselbe gewährte wie jener. Schadenersatz oder Rücktrittsrecht, die das Gesetz doch als zwei gleichberechtigte Alternativen behandelt („oder . . . zurücktreten") ständen sonach einfach im Verhältnis eines Mehr und eines Weniger; sie gegenüberzustellen, hätte nicht mehr Sinn, als wenn das Gesetz Jemandem wahlweise einen Anspruch auf 100 oder einen solchen auf 50 gewährte!"[2])

Die Tatsache, daß nach der Differenztheorie das Rücktrittsrecht als ein „Weniger" im Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung regelmäßig enthalten ist, wird von den Anhängern dieser Lehre im Prinzip ohne Weiteres zugegeben; so sagt Staub: „Oft wird es allerdings darauf (d. h. auf Rücktritt mit Schadenersatz wegen Nichterfüllung) hinauslaufen"[3]) und das Reichsgericht meint: „Richtig ist allerdings, daß in allen den Fällen, in denen von keiner Seite eine Vorleistung gemacht ist, . . die Gestaltung des Rücktrittsrechts wirtschaftlich und rechtlich überflüssig gewesen wäre."[4])

Diese Erscheinung, die in der Tat „regelmäßig" zu nennen ist, da die bei weitem größte Anzahl aller gegenseitigen Verträge Zug um Zug erfüllt wird, hat man mit drei Einwänden zu entkräften gesucht, von denen der erste in dem eben zitierten Satze des Reichsgerichts enthalten ist:

Selbständige praktische Bedeutung, so sagt man, habe das Rücktrittsrecht stets dann, wenn der Ersatzberechtigte die Ware ganz oder zum Teil schon geliefert habe.

Während das Reichsgericht[5]) sich mit dem Hinweis begnügt, daß man in diesen Fällen „durch Rücktritt vom Vertrage auf dem einfachsten Wege einen Anspruch auf Rückgabe der Teilleistung erhalte", die Frage jedoch, ob man nicht auch trotz Wahl des Schadenersatzanspruches Mittel habe, die Zurückgabe zu erzwingen, offen läßt,

[1]) Oertmann „Vorteilsausgleichung" S. 53.
[2]) Oertmann, Kommentar zu § 325. 1 c γ.
[3]) Staub, 6. und 7. Aufl. S. 1278. —
[4]) und [5]): Band 50 aaO.

gibt Staub[1]) eine nähere Begründung. Nach ihm gewährt der Schadenersatzanspruch nicht das Recht, die bereits bewirkte Gegenleistung zurückzuverlangen; was der Gläubiger geleistet hat, muß er dem Schuldner belassen, wenn er Schadenersatz wegen Nichterfüllung wählt, wohl aber ist der Wert der Gegenleistung bei der Berechnung des Schadenanspruchs voll zu berücksichtigen; entscheidet sich der Gläubiger hingegen für das Rücktrittsrecht, so kann er „sogar" die Rückgabe des schon Geleisteten fordern.

Wie sehr Staub für diese Fälle schon bewirkter Gegenleistung auf dem Boden der Surrogationstheorie steht, liegt auf der Hand; auch nach seinem Dafürhalten ist die Gegenleistung beim Schuldner zu belassen, *der Gläubiger hat also beim Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung seiner Leistungspflicht* aus dem Vertrage genügen müssen, und der Ersatzanspruch ist dann Surrogat der nicht bewirkten Leistung des Ersatzpflichtigen. Wo aber gibt das Gesetz auch nur die leiseste Andeutung, daß eine so ganz verschiedene Regelung beabsichtigt sei einmal, wenn die vertragliche Gegenleistung sich noch beim Gläubiger befindet und dann, wenn sie schon an den Schuldner bewirkt sei? Das Verfahren Staubs führt dazu, eine Unterscheidung in das Gesetz hineinzutragen, die dem Gesetz selbst fremd ist.[2])

Wenn man sich ferner den — schon oben widerlegten — Ausgangspunkt der Gegenmeinung vergegenwärtigt, daß bei Unmöglichkeit und Verzug (mit regelmäßig zu setzender, ergebnislos verstreichender Nachfrist) die Erfüllung des Gläubigers ausgeschlossen sein,[3]) seien vertragliche Verbindlichkeit also untergehen soll, so wäre nicht einzusehen, warum der Gläubiger trotz Geltendmachung einer Schadenersatzforderung nicht seine vorgeleisteten Waren nach § 812 Abs. 1 S. 2 BGB. noch kondizieren könnte[4]), denn bei dieser Auffassung der Sachlage hätte doch der Schuldner durch die Leistung des Gläubigers auf dessen Kosten aufgrund einer später wegfallenden causa etwas

---

[1]) 6. und 7. Aufl. S. 1278 Anm. 21; 8. Aufl. S. 1493; Cosack, der noch in der 3. Auflage die Meinung Staubs teilte, hat sich jetzt der Ansicht Schöllers angeschlossen. Näheres weiter unten.

[2]) Auch Schöller sagt sich hier entschieden von Staub los: „Allein die dieser Annahme entgegenstehenden Bedenken sind doch weitaus überwiegend. Ausschlaggebend ist . . ., daß die §§ 325, 326 in keiner Weise unterscheiden, ob der nichtschuldige Teil bereits geleistet hat oder nicht, und daß das Rücktrittsrecht jedenfalls für beide Fälle ganz gleich gestaltet ist. Dies kann beim Schadenersatz nicht anders sein . . . . Kurz und gut, man wird konsequenterweise zugestehen müssen, daß nach dem BGB. der Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung entweder stets den ganzen gegenseitigen Vertrag umfaßt oder stets nur an die Stelle der Leistung des schuldigen Teils tritt, das aber eine Unterscheidung, je nachdem der nichtschuldige Teil schon geleistet hat oder nicht, nicht angängig und durchführbar erscheint (aaO. Band 44 S. 635).

[3]) z. B. Staub 6. u. 7. Aufl. S. 1277 Anm. 21.

[4]) so auch Kisch „Schadenersatz" S. 119.

erlangt, ohne noch einen Anspruch darauf zu haben. Warum Staub beim Schadenersatz wegen Nichterfüllung die Anwendbarkeit zwar nicht expressis verbis, aber doch in ganz unzweideutiger Weise negiert, ist also nicht ersichtlich.

Nun kann man allerdings daraus allein, daß dieser Anhänger der Differenztheorie bei Wahl des Schadenanspruches die Rückforderung des vom Ersatzberechtigten schon Geleisteten ausschließt, weil er die bei seiner Auffassung gegebene Lösung mittelst § 812 BGB. übersehen hat, noch nicht folgern, Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung und Rücktritt ständen bei der Differenztheorie in einem vom Gesetz nicht gewollten Mißverhältnis, aber man darf nach dem Obigen sicherlich sagen, daß auch bei Geltendmachung des Ersatzanspruches ein der Kondizierung des schon Geleisteten entgegenstehendes Hindernis nicht besteht.

So meint denn auch Schöller[1] — und mit ihm neuerdings Cosack[2] —, die Herausgabe des Geleisteten könne gefordert werden; er legt aber ganz besonderes Gewicht auf die Feststellung, daß die Rückgabe nicht verlangt werden könne unter dem Titel des Schadenersatzes[3], wie es das Reichsoberhandelsgericht[4] will, sondern unter dem Titel der ungerechtfertigten Bereicherung; das Rückforderungsrecht des nichtschuldigen Teiles bilde also keineswegs einen integrierenden Bestandteil des Schadenersatzanspruches derart, daß derselbe teils auf Barentschädigung teils auf Herstellung des früheren Zustandes ginge, sondern es sei lediglich eine Folge des Umstandes, daß der ganze zweiseitige Vertrag nicht naturaliter erfüllt werde, und gehe neben dem Schadenersatzanspruch her, genau so, wie das Recht des nichtschuldigen Teils, die noch nicht bewirkte Leistung zu weigern, neben dem Schadenersatzanspruche hergehe.

Diese Betonung des Titels, unter dem die Rückgabe verlangt wird, hat seinen guten Grund, will doch Schöller damit den Vorwurf zurückweisen, als würde nach seiner Ansicht das Rücktrittsrecht als ein Minus vom Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung mit umfaßt. Einmal schützt ihn jedoch die Verteidigung nicht vor dem oben gegen die Differenztheorie erhobenen Vorwurf, der Gläubiger nehme höchst ungerechtfertigt das Recht für sich in Anspruch, den Vertrag, soweit er belastet, zu ignorieren und berufe sich nur auf ihn, soweit er ihn berechtige — denn offenbar wird der Gläubiger von seinem Kondiktionsrecht (nicht Kondiktionspflicht!) nur Gebrauch machen, sobald es seinem Interesse dienlich ist, und zum Anderen macht sein Hinweis die vom Gesetz beliebte Stellung des Rücktrittsrechtes als gleichwertige Alter-

---

[1] aaO. Band 44 S. 636 und 633.
[2] 4. Aufl. S. 349. II. 2.
[3] Auch Kipp sagt aaO. S. 281: „Als Element des Schadenersatzes selbst kann die Rückgewähr nicht angesehen werden."
[4] Band 24 S. 106.

native neben dem Recht auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung nicht verständlicher. Denn wenn wir Schöllers Behauptung, die praktische Bedeutung der Divergenz zwischen Rücktritt und Kondiktion sei nicht zu überschätzen[1]), wirklich beitreten würden, dann kämen wir für alle diese, seiner Ansicht nach Regelfälle, wo die Wirkung der §§ 812 ff. BGB. und §§ 346 ff. BGB. die gleiche ist, doch im Verfolg seiner Behauptung zu dem Resultat: Man kann bei Wahl des Schadenersatzanspruches in Verbindung mit §§ 812 das erreichen, was das Gesetz gerade verhindern will dadurch, daß es Schadenersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt als zwei gegensätzliche und mit einander nicht vereinbarte Rechtsbehelfe hinstellt! Welchen Namen man dann dem zusammen mit dem Schadenersatzanspruch diese Wirkung auslösenden Rechtsbehelf geben will, ob Rücktritt, ob Kondiktion, wäre dabei ziemlich irrelevant, da hier wie da der gleiche Erfolg erzielt wird. Und ebenso wenig könnte der Einwurf fruchten, dieser Rechtsbehelf ginge neben dem Schadenersatzanspruche her, ohne von ihm mit umfaßt zu werden; es genügt festzustellen: Jedenfalls würde diese Auffassung ein Ergebnis zeitigen, das dem klaren Gesetzeswillen direkt widerspricht.

Nun trifft aber diese Behauptung Schöllers, Rücktritt und Kondiktion führten im allgemeinen zu demselben Resultat, gar nicht zu; so wird mit Recht auf die ganz verschiedene Regelung in den §§ 347 und 818 hingewiesen.[2])

Wie also für alle die Fälle, wo die Wirkungen der Bestimmungen eine verschiedene ist? Dann steht der Nichtschuldige schlechter als der Schuldige, indem (wie Schöller selbst anerkennt) „letzterer, wenn er teilweise geleistet hat, das Geleistete gemäß § 325 Abs. 1 S. 2 und § 326 Abs. 1 S. 3 nach den Grundsätzen des Rücktritts zurückfordern darf", während „der nichtschuldige Teil, der Schadenersatz wegen Nichterfüllung geltend macht, die Herausgabe des Geleisteten nur nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung fordern" darf.[3])

Diese Regelung wäre nicht nur unpraktisch — trotzdem die Differenztheorie ob der ihr eigenen praktischen Brauchbarkeit gegenüber der Austauschtheorie stets gerühmt wird — sondern in einer Weise unbillig, daß man sie als Gesetzeswillen schlechterdings nicht unterstellen kann.

Schöller[4]) will allerdings auch diese Inkonsequenz in der Behandlung von Schuldigem und Nichtschuldigem durch Analogieschluß aus dem Gesetz rechtfertigen, lasse doch das Gesetz dieselbe Divergenz in der Haftung beider Teile bewußter- und gewolltermaßen auch im Falle des § 327 S. 2 eintreten, indem auch hier der Rücktrittsberechtigte nach den strengeren Grundsätzen des Rücktritts, der andere

[1]) aaO. Band 44 S. 636.
[2]) Kisch „Schadenersatz" aaO. S. 120.
[3]) und [4]) aaO. Band 44 S. 636.

Teil dagegen nur nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung hafte.

Die Heranziehung dieser Bestimmung ist aber schon um deswillen ohne Beweiskraft, weil sich hier nicht Schuldiger und Nichtschuldiger gegenüberstehen — und gerade deshalb erscheint doch oben die Annahme Schöllers so unwahrscheinlich — sondern hier der Rücktritt erfolgt wegen eines Umstandes, der dem anderen Teil nicht zur Last fällt.[1])

Seinen, wie oben gezeigt, zu ganz unhaltbaren Resultaten führenden Erörterungen im ersten Aufsatz läßt Schöller in seiner zweiten Abhandlung eine „Ergänzung und Berichtigung" zuteil werden. Er spricht über die Berechnung des positiven Erfüllungsinteresses beim gegenseitigen Vertrag und folgert als Resultat längerer Untersuchung, daß wenn in den Fällen der §§ 325, 326 der nichtschuldige Teil bereits vorgeleistet habe, er sich seine Leistung nur insoweit auf den Schadenersatzanspruch anrechnen zu lassen brauche, als er sie tatsächlich vom Gegner zurückerhalte. Damit würden alle Bedenken gegenstandslos, welche daraus hergeleitet werden könnten, daß bei Schadenersatz wegen Nichterfüllung der nichtschuldige Teil seine Leistung nur nach den Grundsätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern dürfe. So weit eben die Rückgabe in natura nicht stattfinde, bleibe der Entschädigungsanspruch bestehen.[2])

Die Erklärung, durch diese Feststellung aller oben geltend gemachten Bedenken enthoben zu sein, birgt unseres Erachtens eine neue Inkonsequenz seinerseits in sich. Denn wenn z. B. die so milde Haftung des Schuldigen für Untergang der schon bewirkten, jetzt bei diesem befindlichen Gegenleistung gar nichts Unbilliges mehr haben soll — zumal gegenüber der dem Nichtschuldigen zugewiesenen schärferen Haftung — so liegt doch darin, daß der Gläubiger ebenso gut abgefunden ist, wenn er, statt die bewirkte Gegenleistung in natura zurückzuerhalten und sie auf den Ersatzanspruch anzurechnen, für die ursprüngliche, nicht mehr mögliche schuldnerische Leistung einen Schadenersatzanspruch in voller Höhe dieser Leistung erhält; was doch nichts Anderes besagt, als die Entschädigung sei volles Aequivalent, sei Surrogat der vertraglichen Leistung, womit für diese Fälle die von der Austauschtheorie verfochtene Regelung erreicht wäre. Inkonsequent ist vom Standpunkt der Differenztheorie die Anschauung aber deshalb, weil hier das Gesetz eine nicht zu verstehende Milde bei der Haftung des Schuldners für die Integrität des vom Gläubiger Vorgeleisteten walten ließe und somit begünstigte, daß der Gläubiger seine Gegenleistung bewirkt hätte lediglich gegen einen Ersatzanspruch — dasselbe Gesetz, nach dem es (zufolge der Differenztheorie) als eine „ungerechtfertigte und unbillige Beschränkung und Erschwerung des wohlbegründeten Rechtes der nichtschuldigen Partei auf Entschädigung anzusehen" sein

[1]) Zustimmend Kisch „Schadenersatz" aaO. S. 120.
[2]) aaO. Band 45 S. 523.

soll, „wenn dieselbe gezwungen wird, die für eine ganz andere Leistung versprochene Gegenleistung aufzuopfern, um für das Ersatz zu erlangen, was ihr durch das vertragswidrige Verhalten der anderen Partei entzogen worden ist."[1])

Durch diesen Hinweis auf den Ausgangspunkt der Differenztheorie können wir zugleich den Vorschlag Kipps[2]) erledigen, der den Differenzanspruch für den Fall der vom Gläubiger bewirkten Vorleistung um den dem Gläubiger dadurch entgangenen Wert wachsend und sich zur Höhe des Erfüllungsinteresses an der schuldnerischen Leistung erhebend ansehen will. Hier wird noch nicht einmal der Versuch gemacht, den prinzipiellen Ausgangspunkt durch Heranziehung von § 812 BGB. wenigstens soweit als möglich zu wahren!

Mögen nun die Resultate Schöllers und Kipps in den Fällen, wo der schadenersatzberechtigte Gläubiger vorgeleistet hat, auch noch so unerwünscht und mit dem prinzipiell vertretenen Standpunkt unvereinbar sein, ein Mittel gibts nach ihrer Theorie für den Gläubiger immer noch, um all' dem aus dem Wege zu gehen. Paßt nämlich dem Ersatzberechtigten die in Verfolg der Differenztheorie sich ergebende Regelung nicht, so kann er noch immer (nach Schöller und Kipp) „den Schadenersatz lediglich als Surrogat der Leistung des anderen Teils beanspruchen, lediglich das Interesse fordern, das er an der Leistung des anderen Teils hat, wobei dann nicht die Grundsätze des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen, sondern lediglich die Bestimmungen über den Schadenersatz bei einseitigen Schuldverhältnissen, nämlich diejenigen der §§ 280—283 zur Anwendung kommen."[3])

Freilich ist der hiergegen erhobene Vorwurf Kischs, „diese ganze Auffassung verstoße gegen die elementarsten Auslegungsregeln, indem sie dem Ausdruck Schadenersatz wegen Nichterfüllung in den §§ 325, 326 zwei völlig verschiedene Bedeutungen beilege",[4]) ungerechtfertigt, denn die Wendung „Schadenersatz wegen Nichterfüllung" soll in den §§ 325, 326 doch nur eine Bedeutung haben, und erst andere Bestimmungen sollen zur Surrogationstheorie führen. Aber beistimmen können wir dem Auswege doch nicht, haben wir doch schon oben[5]) des Näheren gezeigt, daß eine Gesetzesauslegung, die eine ganz mangelhafte Redaktion des Gesetzes voraussetzt und bei praktischer Durch-

[1]) Schöller aaO. Band 44 S. 611. Wir vertauschten die sich bei Schöller findenden Ausdrücke „Leistung" und „Gegenleistung" für unsere Ausführung sinngemäß miteinander mit Rücksicht auf die von uns für diesen Abschnitt festgehaltenen Terminologie, die vertragliche Obliegenheit des Ersatzberechtigten mit „Gegenleistung" zu benennen.

[2]) aaO. S. 281.

[3]) So beinahe wörtlich Schöller aaO. Band 44 S. 640; dem Sinne nach Kipp aaO. S. 250; 278.

[4]) Kisch „Schadenersatz" aaO. S. 121.

[5]) Seite 22.

führung zu völlig unverständlichen Ergebnissen führt, wenig Vertrauen verdient.

Gegen den Vorwurf, die Differenztheorie verquicke gegen den Willen des Gesetzes Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung und Rücktrittsrecht, sucht nun Schöller den Nachweis zu führen, es sei sehr wohl möglich, daß der eine Teil sich von seiner vertraglichen Leistungspflicht befreie und ihm trotzdem als Gläubiger aus dem Vertrage ein Schadenersatzanspruch gegen den anderen Teil zugebilligt werde.[1])

Die zum Beweise hierfür von ihm herangezogenen Gesetzesstellen erfüllen jedoch ihren Zweck nicht. Kisch und v. Mayr haben überzeugend gezeigt, daß bei fast allen von Schöller bezeichneten Gesetzesbestimmungen ein „Rücktritt" im technischen Sinne gar nicht in Frage kommt oder doch zum Mindesten in den angezogenen Bestimmungen Sonderregelungen zu sehen sind, aus denen man ein Prinzip nicht ableiten darf. Der Vollständigkeit der Abhandlung halber mögen die Bestimmungen, soweit sie in das Gebiet des BGB. fallen, mit einer kurzen Begründung, weshalb sie für unsere Frage nicht verwendbar sind, hier zusammengestellt werden.

§ 649 S. 2 BGB.[2]) handelt nicht von einem Schadenersatzanspruch, sondern hat nur den ursprünglichen Vertragsanspruch im Auge.

Die §§ 122, 307 BGB.[3]) können deshalb nicht mit §§ 325, 326 in Parallele gestellt werden, weil hier ein Schaden geltend gemacht wird aus einem bestehenden Vertrage, während die Forderung der §§ 122, 307 sich gerade auf den Umstand gründet, daß ein Vertrag nicht zustande kam.

Aus demselben Grunde scheidet § 179 Abs. 1 BGB. aus dieser Betrachtung aus.[4])

Nicht anders steht es, wenn der Gesellschaftszweck durch einen der Beteiligten unmöglich gemacht und nun Schadenersatz wegen Nichterfüllung von diesem verlangt wird. Nach § 726 BGB. erlischt die Gesellschaft mit der Vereitelung ihres Zweckes und der Schadenersatzanspruch ist außerkontraktlicher Natur.[5])

Die §§ über die unzeitige Kündigung (§§ 627 Abs. 2, 671 Abs. 2, 675, 723 Abs. 2) behandeln den Fall, daß der, dem gekündigt wird, von dem, der ihm kündigt, Schadenersatz verlangt, sie treffen eine Regelung also nur dann, wenn der eine Teil Ersatz begehrt, weil der

---

[1]) aaO. Band 45 Seite 515.

[2]) Schöller Band 45 S. 516 Anm. 9; wie hier: Kisch „Schadenersatz" S. 126, v. Mayr aaO. S. 187, Oertmann „Vorteilsausgleichung" S. 58.

[3]) Schöller Band 45 S. 515; dagegen wie hier: Kisch „Schadenersatz" S. 125, v. Mayr S. 186.

[4]) Kisch „Schadenersatz" S. 125, 126, v. Mayr S. 186; dagegen Schöller Band 45 S. 515.

[5]) Kisch „Schadenersatz" S. 115, v. Mayr S. 187; anders Schöller Band 45 S. 516.

andere Teil den Vertrag zum Erlöschen bringt. Bei den §§ 325, 326 dreht es sich aber doch darum, ob der, der selbst vom Vertrage durch Rücktritt abgeht, noch Ersatz verlangen kann; darüber können aber die §§ der Kündigung nichts besagen.[1])

Belanglos ist endlich auch der Hinweis Schöllers, durch Abrede der Parteien könne mit dem Rücktrittsrecht das Recht auf Schadenersatz verbunden werden. Zur Klärung der Frage, welchen Standpunkt das Gesetz einnimmt, ist es offenbar ganz unerheblich, was die Parteien laut besonderer Vereinbarung unter sich für bindend erachten.[2]) —

Schließlich ist an dieser Stelle noch eines der Surrogationstheorie gemachten Vorwurfs Erwähnung zu tun, der sich zwar nicht direkt auf das Verhältnis von Rücktritt und Schadenersatz wegen Nichterfüllung bezieht, aber zumeist von denen, die ihn erheben, in diesem Zusammenhange vorgebracht wird und deshalb hier gleich mit geprüft werden soll.

Zur Abwehr der Behauptung, das Rücktrittsrecht ginge nach der Differenztheorie im Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung auf, will man nämlich die gegen diese Theorie gerichteten Waffen gegen die Angreifer kehren und führt aus, daß auch nach der Surrogationstheorie zwei verschiedene Rechtsbehelfe zusammenfallen würden, nämlich der Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung und der Anspruch 'auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung.[3])

Nun trifft dieser Einwand zunächst einmal, wie man auf der Gegenseite den Beispielen nach zu urteilen anerkennt, nur dann zu, wenn der Vertrag eine Geldverbindlichkeit aufseiten des Säumigen zum Gegenstande hatte, so also vor allem in dem Fall, wo der Verkäufer gegen den säumigen Käufer vorgeht, während er überall da sich als kraftlos erweist, wo die Verbindlichkeit des Säumigen nicht in der Leistung von Geld besteht.[4]) Das aber ein Widerspruch mit dem Gesetzeswillen nicht darin gefunden werden kann, daß in bestimmten Fällen ein Rechtsbehelf nicht zur Anwendung kommt, läßt sich deutlich an dem § 283 BGB. zeigen, denn auch er „bezieht sich auf obligatorische Leistungen überhaupt, auch auf Geldleistungen, und hat (doch) bei Geldleistungen gar keine praktische Bedeutung."[5])

Außerdem aber trifft ja die Entgegnung, Schadenersatz wegen

---

[1]) Wie hier gegen Schöller (Band 45 S. 516 Anm. 8): Kisch „Schadenersatz" S. 115 Anm. 43, v. Mayr S. 186/87.

[2]) Schöller Band 45 S. 516; dagegen: Kisch „Schadenersatz" S. 126, v. Mayr S. 187.

[3]) so: Kipp aaO. S. 274; Schöller aaO. Band 44 S. 623; Staub 6. u. 7. Aufl. S. 1278 Anm. 21; RG. Band 50 aaO.

[4]) so Jacobi aaO. S 60, Kisch „Schadenersatz" S. 95.

[5]) Strohal, Verhandlungen Band 4 S. 127.

Nichterfüllung fiele nach der Surrogationstheorie unter gewissen Konstellationen zusammen mit Erfüllung nebst Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung und darum dürfe man auch der Differenztheorie das (übrigens in der großen Mehrzahl der Fälle eintretende!) rechtliche und wirtschaftliche Ueberflüssigwerden der Rücktrittsbefugnis gegenüber dem Schadenersatzanspruch nicht verübeln — gar nicht den Kern des von uns gegen die Differenztheorie erhobenen Vorwurfs, der doch darin gipfelt, daß die ausgesprochen gegensätzliche Stellung von Rücktritt und Schadenersatz wegen Nichterfüllung durch die Differenztheorie verwischt werde und sich diese Anschauung deshalb mit den positiven Bestimmungen des BGB. nicht in Einklang bringen läßt! Schadenersatz wegen Nichterfüllung und Erfüllung nebst Schadenersatz wegen verzögerter Erfüllung stehen aber nicht in einem sich gegenseitig ausschließenden Verhältnis.

§ 11.

Nach der Differenztheorie ergibt sich eine weitere Unstimmigkeit, wenn man die Schadenersatzpflicht nach § 325 BGB. auffaßt zunächst als die Verpflichtung, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (§ 249 S. 1 BGB)[1].

Ziehen wir noch einmal das Beispiel Kipps von den beiden Porzellanschalen heran: Jemand erteilt einem Kaufmann Auftrag, er möge ihm die unlängst besichtigte Schale (von der noch ein ganz gleiches Exemplar beim Verkäufer auf Lager ist) zusenden und, nehmen wir jetzt an, den Kaufpreis ihm kreditieren. Beim Einpacken beschädigt der Kaufmann fahrlässig das Stück, und der Käufer, der dies beim Auswickeln des Gegenstandes bemerkt, fordert Schadenersatz, da er an der zerkratzten Schale kein Interesse hat. Wie oben gezeigt, ist hier die Naturalreparation durch Lieferung der zweiten Schale zuzulassen. Da aber nach der Differenztheorie die Schadenersatzforderung für diesen Fall einzig besteht in der Differenz zwischen dem Interesse des Käufers an der gekauften Schale und dem dafür zu zahlenden Preis, so muß der Käufer wohl oder übel seine Leistung (den gestundeten Kaufpreis) einbehalten und bekommt eine vielleicht sehr kleine Differenz ausbezahlt. Auf die noch vorhandene gleiche Schale, an der ihm viel mehr lag, hat er keinen Anspruch und es liegt lediglich am guten Willen des Verkäufers, ob er sie ihm überlassen will oder nicht! Der Billigkeit entspricht eine solche Lösung kaum.[2]

§ 12.

Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich nach der Differenztheorie, wenn im Falle des § 328 Abs. 1 BGB. die dem Dritten geschuldete

[1] Oben Seite 10.
[2] Ebenso Oertmann, Kommentar zu § 325 1 c

Leistung infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird.[1]) Der Dritte hatte durch den Vertragsschluß unmittelbar das Recht erworben, die Leistung zu fordern. Nun würde bei schuldhaftem Unmöglichmachen dieser Leistung durch den Schuldner der zu ersetzende Schaden nach der Differenztheorie nur bestehen in dem Unterschied des Wertes der vom Versprechenden zu bewirkenden, jetzt unmöglich gewordenen Leistung und des Wertes der dem Versprechenden gebührenden, nunmehr einzubehaltenden Leistung.

Danach kann diese Art der Schadensberechnung dazu führen, den Ersatzanspruch des Dritten zu dessen Gunsten der Vertragsschluß stattfand, hinsichtlich der Höhe erheblich zu reduzieren oder gar völlig zu vereiteln. Daß dieses Ergebnis mit dem Gesetzeswillen im Einklang steht, ist nicht anzunehmen.

§ 13.

§ 298 BGB. bestimmt: „Ist der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet, so kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er zwar die angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die verlangte Gegenleistung aber nicht anbietet." — Was hat es nun für eine Bedeutung, wenn der eine Kontrahent eines gegenseitigen Vertrages dem anderen gegenüber in Verzug gerät?

Vor dem Angebot der Leistung gegen Gegenleistung trägt der Lieferungsverpflichtete die Gefahr für seine Leistung, d. h. der Schaden, der durch Untergang der Sache entsteht, fällt auf ihn zurück, sofern natürlich nicht der andere Teil den Umstand, der den Untergang herbeiführt, zu vertreten hat. Sobald jedoch der Empfangsberechtigte nach § 298 BGB. in Annahmeverzug versetzt ist, verschiebt sich die Gefahrtragung zugunsten des Leistungswilligen und zuungunsten seines Gegners sehr erheblich. § 300 BGB. sagt darüber: „Der Schuldner hat während des Verzugs des Gläubigers nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so geht die Gefahr mit dem Zeitpunkt auf den Gläubiger über, in welchem er dadurch in Verzug kommt, daß er die angebotene Sache nicht annimmt," und § 324 BGB. bestimmt ergänzend für das Gebiet der gegenseitigen Verträge dazu, daß der Leistungswillige trotz Untergangs der Sache die Gegenleistung fordern kann, sobald er nur seiner Pflicht aus § 300 BGB. genügt hat.

Nun wird bei gegenseitigen Verträgen „sehr häufig, fast regelmäßig" sowohl Leistungs- als auch Empfangsverzug beim Gegner vorliegen[2]), und in allen diesen Fällen muß dann immer laut positiver Gesetzesvorschrift die Gefahrtragung für die vergeblich angebotene Leistung wenn auch nicht dem vertragstreuen Teil gänzlich abgenommen, so doch

[1]) So auch v. Mayr S. 170, Oertmann, Kommentar zu § 325 1 c
[2]) so Strohal in Verhandlungen IV. S. 121.

zum größten Teil dem anderen Kontrahenten aufgebürdet werden. Der Leistungswillige hat jetzt also gar keinen Anlaß mehr, ängstlich auf das Wohl seiner Leistung bedacht zu sein, er selbst hat jetzt kein Interesse mehr an ihr und er ist gesichert, wenn er sich nur besonders schwerer Verstöße gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt enthält; diese Pflicht drückt ihn nicht schwer.

Jetzt wird ihm bekannt, daß seinem in Annahme- und Leistungsverzug befindlichen Gegner durch einen von diesem zu vertretenden Umstand dessen Leistung unmöglich geworden ist; er begehrt Schadenersatz wegen Nichterfüllung.

Wie oben gezeigt, existiert eine Möglichkeit wahlweiser Geltendmachung des Differenz- oder des Surrogationsanspruches nicht. Richtigkeit der Differenztheorie jedoch unterstellt, müßte sich der Leistungswillige jetzt klar machen, daß er plötzlich wieder das größte Interesse an der Unversehrtheit seines Leistungsgegenstandes — die ihm doch wegen des Gefahrüberganges schon ziemlich gleichgültig sein konnte — haben muß, des Leistungsgegenstandes, den er ja nach der Erklärung, Ersatz zu fordern, zu behalten und anderweit an den Mann zu bringen gezwungen ist!

Diese Auffassung führt dazu, alle vom BGB. für solche Fälle vorgesehenen Folgen des Annahmeverzuges illusorisch zu machen, indem man die Gefahrtragung, die das Gesetz zum größten Teil zugunsten des Vertragstreuen auf den Vertragsbrüchigen abwälzt, zuungunsten des Vertragstreuen und zugunsten des Vertragsbrüchigen auf den Leistungswilligen zurückwälzt. Es ist verständlich, daß Strohal demgegenüber bemerkt, diese Auffassung sei „absolut unmöglich", „er könne sich in der Tat keinen größeren Widersinn denken."[1])

Der Annahmeverzug lehrt uns noch etwas Weiteres, das freilich weniger die Begründung dieser oder jener Theorie aus dem Gesetze heraus angeht, sondern vielmehr die praktische Seite der Streitfrage betrifft.

Die Gegner der Austauschtheorie halten es für einen Vorteil ihrer Lehre, daß namentlich für den Hauptanwendungsfall des gegenseitigen Vertrages, den Kauf, der Ersatzberechtigte infolge der im Augenblick seiner Erklärung, Schadenersatz zu fordern, eintretenden freien Verfügungsbefugnis über seine Leistung durch einen anderweit vorgenommenen Verkauf die Differenz zwischen damals vereinbartem Kaufpreis und dem jetzt erzielten Preise feststellen und somit genau die Entschädigung ermitteln kann, die ihm vom vertragsbrüchigen

[1]) Verhandlungen IV. S. 121. Im Resultat beistimmend auch Oertmann Kommentar zu § 325 1c β. Dagegen Müller aaO. S. 549: Die Erwägung „berücksichtige nicht den Gegenstand des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung in den Fällen der §§ 325, 326 und ließe wenigstens in der Praxis allgemein anerkannte Grundsätze über die Liquidation des Schadens außerbetracht."

Kontrahenten noch zu zahlen ist. Vertritt man den Standpunkt der Surrogationstheorie, daß der Verkäufer trotz Wahl des Schadenersatzes doch noch immer zur Lieferung seiner Ware an den Gegner verpflichtet bleibt[1]), so steht offenbar dem Verkäufer ein Recht zum Verkauf der Ware im gedachten Zeitpunkt nicht ohne Weiteres zu. Ist aber das Resultat, die Wertdifferenz als Schaden zu verlangen, nicht auch bei der Surrogationstheorie erreichbar? Der Verkäufer braucht nur den Käufer in Annahmeverzug zu setzen und darauf die Voraussetzungen der Hinterlegung bezüglich des ihm obliegenden Leistungsgegenstandes herbeizuführen.[2]) Da nun die Verpflichtung des Verkäufers zur Hinterlegung durch Aushändigung des Betrages an den anderen Teil gehoben werden[3]), dieser Teil also nur Hinterlegung oder Aussantwortung des Geldes an ihn fordern kann[4]), so stehen sich bei der zweiten Alternative zwei kompensierbare Forderungen gemäß § 383 BGB. gegenüber und dem Verkäufer steht es frei, die Aufrechnung durch Erklärung vorzunehmen; sein Schaden ist dann gleich der Differenz des aufgrund der Aufrechnung Erhaltenen und des damals vertraglich Versprochenen. — Auf einem etwas längeren, aber keineswegs praktisch zu schwerfälligen Wege ist also auch nach der Austauschtheorie das bei der Differenslehre ohne Weiteres sich ergebende Resultat erreichbar.[5])

Mit der Erwähnung des Annahmeverzuges sind die Argumente erschöpft, die im BGB. für unsere Streitfrage sich finden.[6]) Am Schluß der auf das BGB. gestützten Untersuchung ist nur die eine Erklärung möglich:

Für die Differenztheorie ist im System des BGB. kein Raum, alle für sie vorgebrachten Gründe erweisen sich bei genauerer Betrachtung als nicht stichhaltig und die Annahme, das Gesetz sei dieser Lehre gefolgt, bringt Widersprüche und Unklarheiten in seine Bestimmungen.

Danach ist für das BGB. die Surrogationstheorie allein haltbar.

§ 14.

Fast regelmäßig wird von den Vertretern der Differenztheorie zur Begründung oder Unterstützung ihrer Ansicht auf die handelsrecht-

[1]) cf. z. B. Kaufmann aaO.

[2]) Ist der Leistungsgegenstand nach § 372 BGB. hinterlegungsfähig, so bedarf es keiner weiteren Schritte, entspricht er den Erfordernissen des § 372 nicht, so ist gemäß § 383 zu verfahren.

[3]) Planck zu § 383 Anm. 1; Götte aaO.

[4]) Götte aaO

[5]) So auch Götte aaO; Planck zu § 325 1 a; Lehmann Ring aaO. zu § 376 Nr. 58.

[6]) Die Vorschriften der §§ 767 und 1210 BGB. über Bürgschaft und Pfänder, die mehrfach als durchschlagendes Argument gegen die Differenztheorie geltend gemacht werden (z. B. Endemann aaO. S. 707 Anm. 37), sind u. E. für die Streitfrage ohne Belang. cf. Schöller aaO. Bd. 44 S. 608.

liche Regelung verwiesen, d. h. auf das alte und neue Handelsgesetzbuch und ihre Materialien.

Aus dem alten HGB. sollen namentlich die Art. 354, 355, 357 als Stützpunkte dienen. Wenn nun auch das alte HGB. nicht mehr geltendes Recht ist und die Bestimmungen der Art. 354, 355 nicht in das neue HGB. übergegangen sind, so „verliert doch — wie Oertmann sagt[1]) — die Frage nach ihrer Bedeutung nichts von ihrem wissenschaftlichen Interesse"; zudem weisen Motive und Protokolle des BGB. auf das alte HGB. zurück.[2])

Die angezogenen Artikel des alten HGB. handeln vom Kauf; sie sollen hier — wie das Schöller sagt[3]) — zum Beweise dafür dienen, Käuferverzug und Verkäuferverzug hätten gleicherweise bewirkt, daß der Schadenersatzberechtigte niemals mehr die ursprüngliche Leistung **naturaliter** habe leisten müssen, daß also der Schadenersatzanspruch danach keinesfalls als Erfüllungssurrogat hinsichtlich der vom anderen Teil ursprünglich geschuldeten Leistung aufzufassen sei. Wie steht es damit?

Nach dem alten HGB. muß man streng Zahlungsverzug des Käufers und Lieferungsverzug des Verkäufers auseinander halten. Beim Käuferverzug (Art. 354) kann der Verkäufer Schadenersatz nur in der Weise fordern, daß er einen obligatorischen Selbsthilfeverkauf der vertraglich von ihm zu liefernden Ware auf Kosten des Säumigen vornimmt. Ergibt dieser Verkauf ein Minus im Vergleich zu dem vom Käufer für die Ware Versprochenen, so hat dieser das Manko zu decken, bringt der Verkauf ein Plus, so ist es dem Säumigen nach Abzug der Unkosten zu verabfolgen. Es handelt sich hier also nur darum, „daß sich der säumige Käufer eine andere Art der Erfüllung durch den Verkäufer gefallen lassen muß"[4]) und „der Schadenersatzanspruch des Verkäufers ist nichts Anderes, als der Anspruch auf den Kaufpreis, soweit er nicht durch den Erlös aus dem Verkauf der Ware getilgt ist."[5]) Die Regelung ist eigenartig um deswillen, weil dem vertragstreuen Kontrahenten das Recht zugestanden wird, „gleichsam zur Strafe für die Säumnis"[6]) des anderen an die Stelle des Leistungsgegenstandes den Erlös aus dem Selbsthilfeverkauf zu setzen; demnach bleibt die Verpflichtung des vertragsbrüchigen Teils nach wie vor bestehen und der Kaufpreis wird nur deshalb nicht in voller Höhe eingetrieben, weil er sich durch Kompensation um den Ertrag des Selbsthilfeverkaufs reduziert. Die Forderung der Differenz

---

[1]) Vorteilsausgleichung S. 53.
[2]) Mot. Bd. II S. 211; Prot. Bd. I S. 644.
[3]) aaO. Bd. 44 S. 627
[4]) ROHG. Bd. 9 S. 118; Bd. 7 S. 407; cf. Bd. 16 S. 315.
[5]) Jacobi aaO. S. 68 Anm. 28, S. 71 Anm. 32.
[6]) Schöller aaO. Bd. 44 S. 627.

gründet sich also lediglich auf die Aufrechnung und unbestritten ist hier die Surrogationstheorie gegeben.

Es ist nun Schöller zuzugeben, daß nach Art. 354 der Schadenersatz fordernde Verkäufer nicht mehr **naturaliter** an den Käufer zu erfüllen hat; aber u. E. gibt die Betonung gerade dieses Umstandes in unserem Zusammenhang ein falsches Bild. Wir meinen für unsere Zwecke vielmehr darauf Gewicht legen zu müssen: Wird der vertragstreue Kontrahent gezwungen, seine Leistung zum Zwecke der Schadenersatzerlangung aufzuopfern oder nicht? Denn das ist ja doch der Punkt, auf den die Anhänger der Differenztheorie immer wieder zurückgreifen: es sei ein Vorzug ihrer Lehre, daß sie, wenn ein Teil der Vertragspflicht nicht nachkäme, dem Schadenersatzberechtigten seine eigene Leistung beließe und er ganz nach Belieben über sie verfügen könne. Das aber ist gerade im Art. 354 nicht der Fall, der Verkäufer muß vielmehr „die Ware realisieren"[1]) und wird gezwungen, sich seiner Leistung — gleichviel an wen — zu entschlagen, sie zurückzubehalten ist unvereinbar mit der Forderung des Schadenersatzes! Der Art. 354 spricht also absolut nicht für die Differenztheorie; seine eigenartige Regelung dient nur als Mittel, dem Verkäufer möglichst schnell — wenigstens annähernd oder zum Teil — zu seinem Gelde zu verhelfen, sie ist zudem nur für Kaufgeschäfte verwendbar, wo die verzögerte Leistung in Geld besteht, bei allen anderen gegenseitigen Verträgen, bei denen dies nicht der Fall ist, versagt sie. —

Art. 355 ist von der Praxis[2]) im Sinne der Differenztheorie ausgelegt worden, während die Wissenschaft diese Ansicht bald teilt, bald bekämpft. Der Art. 355 lautet: „Wenn der Verkäufer mit der Uebergabe der Ware im Verzuge ist, so hat der Käufer die Wahl, ob er die Erfüllung nebst Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen, oder ob er statt der Erfüllung Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern oder von dem Vertrage abgehen will, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre." Man sieht, aus dem Wortlaut der Bestimmungen kann man nicht erkennen, daß „die Vertragsleistung des das Interesse fordernden Kontrahenten nicht mehr als diesem noch obliegende oder auch nur als Kompensationsobjekt, sondern nur als ein Faktor bei der Interesseberechnung inbetracht komme."[3]) So wird denn auch besonders von Adler, Kisch, Oertmann und Roemer[4]) der Auffassung des ROHG. entgegengetreten; in der

[1]) Kisch „Schadenersatz" S. 129; Staub 5. Afl. Art. 354 § 18 S. 923.
[2]) Eine Uebersicht über die Entscheidungen des ROHG. u. A. bei Kisch „Schadenersatz" S. 129 Anm. 58.
[3]) ROHG. Bd. 20 S. 224.
[4]) Adler bei Holdheim aaO. S. 196; Kisch „Schadenersatz" aaO. S. 129: „Auch beim Verzug des Verkäufers hindere nichts, die Pflicht des Käufers zur Zahlung als fortdauernd anzunehmen." Oertmann „Verteilsausgleichung" S. 55: „Die Richtigkeit der Lehre sei um deswillen, weil sie die herrschende sei, noch nicht bewiesen, eine zwingende Begründung fehle"; Roemer aaO. S. 133; Argumente gegen das ROHG. auch bei Jacobi S. 72.

Tat ist es eine durch das Gesetz nicht zu rechtfertigende Behauptung, die Differenz sei — ohne daß die Aufrechnung als Vermittlerin diene — ohne Weiteres Gegenstand der Schadenersatzforderung. Dasselbe gilt vom Art. 357. Abs. 1.

Anlaß, diese beiden Bestimmungen im Sinne der Differenztheorie aufzufassen, scheint besonders Art. 357 Abs. 3 gegeben zu haben, wo es heißt: „Wenn der Käufer statt der Erfüllung Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordert, so besteht, im Falle die Ware einen Markt- oder Börsenpreis hat, der Betrag des von dem Verkäufer zu leistenden Schadenersatzes in der Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Markt- und Börsenpreise zur Zeit und am Orte der geschuldeten Lieferung, unbeschadet des Rechts des Käufers, einen erweislich höheren Schaden geltend zu machen." Hier ist allerdings in unzweideutiger Weise von einer Differenzforderung die Rede und die Richtigkeit des Versuchs von Oertmann,[1]) auch hier „zur Herstellung des Berechnungsergebnisses den Umweg der Kompensation" als dem Gesetze zugrundeliegend anzunehmen, ist zum mindesten zweifelhaft. Der erste Weg, auf dem Oertmann die Bedenken überwinden will, ist folgender: Wohl ausnahmslos käme es im vorliegenden Fall zu einer Kompensation der Kaufpreisforderung mit dem Schadensanspruch des Käufers (für dessen Höhe vor allem der Deckungskauf als Wertmesser dient) und deshalb „konnte der Artikel 357 dieselbe, nur den rechnerischen Endeffekt ins Auge fassend, mit gewissem Recht, als vollzogen einfach unterstellen." Ob der Gesetzesstelle wirklich diese Erwägung zugrunde liegt, ist aber nicht zu beweisen, das Gesetz selbst deutet in keiner Weise darauf hin; dieser Weg ist also weiter nichts als eine Vermutung, mit der man der Fassung des Art. 357 Abs. 3 gegenüber nicht durchdringen kann. Nun meint der Autor, dem, der sich mit dieser Deduktion nicht befreunden könne, bliebe noch ein anderer Ausweg: man könne nämlich sehr wohl die Regelung des Abs. 3 als eine vom Gesetz gemachte Ausnahme ansehen, dergestalt, daß hier die alte Lehre des Martinus von der ipso iure-Kompensation einmal zur Geltung komme. Der vorgeschlagene Ausweg ist aber im Grunde genommen nichts weiter als ein Zugeben des Differenzanspruches für den in Frage stehenden Fall. Mit Recht sagt Kipp,[2]) wenn ein Gesetzgeber, der im allgemeinen von einer ipso iure-Kompensation nichts wissen wolle, im gegebenen Fall die Aufrechnung als etwas Unvermeidliches nicht etwa anordne, sondern sich in der Stille als erfolgt denke und infolgedessen nur einen Anspruch auf den Ueberschuß zulasse, so gebe er eben den Differenzanspruch.

Weshalb man aber die, wie wir annehmen, im Sinne der Differenztheorie erfolgte Regelung des Art. 357 Abs. 3 auch auf die

---

[1]) Oertmann „Vorteilsausgleichung" S. 57.
[2]) Kipp aaO. S. 261.

anderen Bestimmungen des Verzugs im Handelsrecht übertragen zu müssen meint, ist nicht einzusehen und ebenso wenig ist ersichtlich, wieso es gegen die Surrogationstheorie sprechen sollte, wenn das Gesetz für eine bestimmte, genau umgrenzte Anzahl von Fällen die Schadenersatzforderung als Differenzforderung ausdrücklich bezeichnet. Im Gegenteil, wenn überhaupt die Schadensforderung sich in den Verzugsartikeln des alten HGB. als Differenzanspruch charakterisieren würde, warum dann noch die doch völlig überflüssige Wiederholung im Abs. 3 des Art. 357? Gerade aus der ausdrücklichen Hervorhebung, in den und den Fällen soll als Schaden ein näher zu bestimmender Ueberschuß gefordert werden, ist zu entnehmen, daß es dem Gesetzgeber widerstrebte, die Differenztheorie schlechthin aufzunehmen; für die Allgemeinheit bleibt es bei der Surrogationstheorie, nur unter besonderen Voraussetzungen kommt es zu der bloßen Differenzforderung.

Nun wird vom Reichsgericht[1]) unter Berufung auf die Protokolle der zweiten Kommission[2]) mit Recht darauf aufmerksam gemacht, daß Art. 354 des alten HGB. (der unzweifelhaft die Austauschtheorie enthält) dem § 326 Abs. 1 zum Vorbild gedient habe. Aber gerade den Uebergang dieses Gedankens des Schadenersatzanspruches als Surrogationsanspruchs im Sinne des Art. 354 in den § 326 BGB. leugnet das Reichsgericht, seiner Meinung nach war nämlich diese Regelung im Art. 354 nur vorgesehen, weil der obligatorische Selbsthilfeverkauf auf Rechnung des Käufers ging, welch' letztere Bestimmung dem BGB. fremd sei. Den Beweis dafür, daß der Surrogationsanspruch des alten HGB. lediglich auf dem auf Kosten des Käufers gehenden Selbsthilfeverkauf gegründet gewesen sei und mit dessen Wegfall auch hinfällig werde, erbringt das Reichgericht nicht[3]). —

Da wir sowohl für Art. 354 wie auch für Art. 355 die Surrogationstheorie annehmen, besteht für uns kein Hindernis, diese Auffassung auch für das BGB. zu vertreten. Aber selbst wenn man mit der herrschenden Ansicht aus Art. 355 die Differenztheorie herauslesen will, so ist noch immer kein Grund vorhanden, weshalb man den Verkäuferverzug und nicht den Käuferverzug, als Vorbild für die Regelung im BGB., das diesen Unterschied in der Behandlung des säumigen Käufers oder Verkäufers restlos hat fallen lassen, dienen lassen will[4]).

Danach ist also auch die Berufung der Gegner auf das alte HGB. nicht zwingend · einmal handelt es sich, wie aus dem Vorstehenden erhellt und worauf auch Kisch und v. Mayr[5]) ausdrücklich aufmerksam machen, nicht um eine Uebernahme der Bestimmungen

---

[1]) RG. Bd. 50 Nr. 59.
[2]) Band II S. 644.
[3]) Gegen die Behauptung des RG. besonders v. Mayr aaO. S. 174.
[4]) so auch Jacobi S. 71, Kisch „Schadenersatz" S. 130.
[5]) Kisch „Schadenersatz" S. 128; v. Mayr aaO. S. 173, 174.

des alten HGB. in das BGB; sondern höchstens um eine Anlehnung an diese Vorschriften, sind doch sehr wichtige Unterschiede zu konstatieren, so die Verschmelzung von Käufer- und Verkäuferverzug, das Fehlen von Vorschriften über Selbsthilfeverkauf, Deckungskauf, abstrakte Schadensberechnung, endlich die Behandlung des Verzuges ꝛc. unter dem weit umfassenderen Titel des gegenseitigen Vertrages — zum anderen war die Regelung des Art. 354 unbestritten im Sinne der Surrogationstheorie erfolgt, die des Art. 355 war zweifelhaft und welcher Artikel schließlich nach dem Willen des Gesetzgebers dem BGB. hat zum Vorbilde dienen sollen, wissen wir nicht — ein schwankender, für den Stützpunkt einer Lehre wenig geeigneter Boden!

Weit mehr Beachtung verdienen die Bedenken, die gegen die Regelung der §§ 325, 326 BGB. im Sinne der Austauschtheorie unter Hinweis auf das neue HGB. erhoben worden sind. Inbetracht kommen die Denkschrift zum Entwurf eines HGB. und die §§ 375, 376 des neuen HGB.

Aus den in der Denkschrift niedergelegten Gedanken geht hervor, daß man hier dem § 326 Abs. 1. BGB. unbedenklich die Differenztheorie zugrunde gelegt hat.[1]) Es heißt dort[2]), dem Käufer stehe nach geltendem (also altem Handelsrecht) die Art, wie er seinen Schadenersatzanspruch begründe, insbesondere ob er einen Deckungskauf vornehmen wolle oder nicht, frei, während der Verkäufer bei „Säumnis des Käufers" nur durch Vermittlung des Selbsthilfeverkaufs zum Schadenersatz kommen könne. Das BGB. kenne eine solche Beschränkung des Verkäufers nicht und auch für das Handelsrecht solle man sie fallen lassen und Käufer und Verkäufer gleich behandeln. Nach dem Entwurf könne der Verkäufer in jeder Weise, namentlich durch bloße Berechnung des Preisunterschiedes, seinen Schaden nachweisen; die Befugnis des Verkäufers zum Selbsthilfeverkauf (der aber nunmehr auf Rechnung des Verkäufers gehe, so daß ihm der Mehrerlös zufalle) werde dadurch selbstverständlich unberührt gelassen. Wenn der Verkäufer seinen Schaden aufgrund eines anderweiten Verkaufs berechnen wolle, so sei der Verkauf formlos; in denselben Formen wie der Selbhilfeverkauf beim Annahmeverzug des Käufers sei er nur für Fixgeschäfte über börsen- und marktgängige Waren vorgesehen. Für sonstige Handelskäufe die Befugnisse des Verkäufers abweichend vom BGB. in dieser Weise zu beschränken, sei weder erforderlich noch angemessen. — Dabei sei folgendes hervorgehoben: In diesen Worten eine „versteckte Aufrechnung" zu erblicken, ist um deswillen nicht angängig, weil nicht nur dem Käufer das Recht zugestanden wird, ohne

[1]) So z. B. auch Kipp aaO. S. 268/69 und in den Verhandlungen IV S. 136, Schöller aaO. Bd. 44 S. 628, RG. Bd. 50 Nr. 59.

[2]) S. 218 ff.

Vornahme eines Deckungsankaufs seinen Schaden zu berechnen, sondern auch der Verkäufer genau so frei gestellt sein soll wie der Käufer.[1])

Nun wird es von anderer Seite allerdings als höchst zweifelhaft hingestellt, ob die Denkschrift bei dem vorliegenden Passus „an den relativ seltenen Fall des Zahlungsverzuges gedacht habe", der Wortlaut spräche mehr für die Annahme, als habe man hier nur den Annahmeverzug im Auge gehabt.[2]) Aber der allgemeine Ausdruck „Versäumnis des Käufers" läßt diese Deutung nicht zu und aus den — übrigens erst viel später gebrauchten — Worten: „ . . wie der Selbsthilfeverkauf bei dem Annahmeverzug des Käufers . ." diese einschränkende Interpretation zu rechtfertigen, dürfte zu weit gehen.

So wird denn die Denkschrift nicht nur von den Anhängern[3]), sondern auch von den Gegnern[4]) der Differenztheorie als für diese Lehre eintretend aufgefaßt. Der im Anschluß an diese Tatsache vom Reichsgericht[5]) den Anhängern der Surrogationstheorie — freilich nur versteckt — gemachte Vorwurf, sie muteten den gesetzgeberischen Faktoren, die zum Teil in gleicher Zusammensetzung kurze Zeit zuvor die entscheidende Fassung des § 326 BGB. beschlossen hätten, zu, bei der Beratung des BGB. so, bei der Durchberatung des Entwurfes zum HGB. anders geurteilt zu haben, ist nicht ganz von der Hand zu weisen. Aber einmal war, wie ja das Reichsgericht selbst sagt, die Zusammensetzung der Faktoren eben nur zum Teil dieselbe, zum anderen steht fest, daß einer der hervorragendsten Redaktoren des BGB., Planck, niemals den Schadenersatzspruch als Differenzanspruch angesehen hat. So muß man schon den von Kipp[6]) nur als „denkbar" bezeichneten Weg wählen und „den Handelsverkehr und die Verfasser des HGB. der Enttäuschung überlassen . ., die beide treffen [müssen], wenn sich die Auslegung des § 326 BGB. als irrig [erweist], von der man ausgegangen ist; man [muß] den Materialien des HGB. maßgebenden Einfluß auf die Auslegung des BGB. streitig machen."

Nun sollen aber die in der Denkschrift niedergelegten Ansichten Gesetz geworden sein und so soll „die Sache wesentlich festeren Halt gewinnen."[7]) Zunächst; trifft es zu, daß sich der Differenzanspruch in dem hier interessierenden Zusammenhange im HGB. findet?

In Frage kommen die §§ 375, 376. Der § 376 handelt vom Fixhandelskauf also von einem Handelskauf, bei dem die Leistung des einen Teils genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb

---

[1]) Ebenso Kipp aaO. S. 269.
[2]) Jacobi aaO. S. 70.
[3]) z. B. RG. Bd. 50 Nr. 59; Kipp aaO. S. 268/69; Schöller Bd. 44 S. 628/630.
[4]) z. B. Kaufmann aaO.
[5]) RG. Bd. 50 Nr. 59.
[6]) aaO. S. 269.
[7]) Kipp aaO. S. 269; Staub 6. und 7. Afl. Exkurs zu § 374 HGB Anm. 20 ff.; Rechtsprechung IV S. 224.

einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll; der Kontrahent, der sich dieser strengen Zeitbegrenzung unterworfen hat, kommt in Leistungsverzug, der andere Teil fordert Schadenersatz. Da heißt es nun: „Wird Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt, und hat die Ware einen Börsen- oder Marktpreis, so kann der Unterschied des Kaufpreises und des Börsen- oder Marktpreises zur Zeit und am Orte der geschuldeten Leistung gefordert werden . . . Das Ergebnis eines anderweit vorgenommenen Verkaufs oder Kaufes, kann, falls die Ware einen Börsen- oder Marktpreis hat, dem Ersatzanspruche nur zugrunde gelegt werden, wenn der Verkauf oder Kauf sofort nach dem Ablaufe der bedungenen Leistungszeit oder Leistungsfrist bewirkt ist." Daß in diesen Worten der Differenzanspruch zu sehen ist, wird fast ausnahmslos anerkannt[1]); der vertragstreue Teil braucht nicht mehr zu leisten, er kann als Schadenersatz einen gesetzlich näher bezeichneten Preisunterschied einfordern. Aber über die Tragweite, die diesem Umstande beizumessen ist, herrscht lebhafter Streit. Ist der § 376 Ausfluß eines Prinzips oder die Sonderregelung eines Ausnahmefalles, so daß sich aus diesem Grunde seine erweiternde Auslegung verbietet? Der ersten Auffassung folgen alle Vertreter der Differenztheorie[2]), die zweite Ansicht befürworten besonders Kisch, Kaufmann und Oertmann.[3])

Nun sagt man auf der Gegenseite[4]), alles Streiten gegen die Auffassung, der § 376 sei ein Symtom prinzipiellen Gesetzesstandpunktes, sei fruchtlos, der sich aus § 375 HGB. zur Evidenz ergebe, daß das HGB. mit dem Schadenersatzanspruch im Sinne der Differenztheorie „als mit einer bekannten Größe rechnet". § 375 lautet: „Ist bei dem Kaufe einer beweglichen Sache dem Käufer die nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse vorbehalten, so ist der Käufer verpflichtet, die vorbehaltene Bestimmung zu treffen. Ist der Käufer mit der Erfüllung dieser Verpflichtung im Verzuge, so kann der Verkäufer die Bestimmung statt des Käufers vornehmen oder gemäß § 326 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrage zurücktreten . . ." Man hat es hier zu tun mit einem perfekten Käufervertrag[5]); kommt der Käufer mit der vertraglich vorbehaltenen Bestimmung in Verzug, so steht es dem Verkäufer frei, diese Bestimmung selbst festzusetzen (und den weiteren nach Abs. 2 S. 2 zu verfahren) oder aber — ohne eine Entscheidung über Form, Maß ꝛc. zu treffen — Rücktritt oder Schadenersatz zu wählen. Anders kann der Wortlaut der Bestimmung nicht

---

[1]) Dagegen Oertmann „Verteilsausgleichung" S. 58/59, und im Anschluß an ihn v. Mayr aaO. S. 176.

[2]) z. B. Kipp aaO. S. 271.

[3]) Kisch „Schadenersatz" S. 139 f.; Kaufmann aaO. und Oertmann Kommentar S. 164.

[4]) Kipp aaO. S. 272.

[5]) Staub, 6. und 7. Aufl. S. 1311 Anm. 1 (mit Judikaturangaben).

verstanden werden. Wenn aber durch die Wahl des Schadenersatzanspruches die näheren Angaben über die Vertragsausführung überflüssig werden, wie soll dann der Verkäufer die Leistung, zu der er nach der Surrogationstheorie doch verpflichtet bleibt, bewirken? Daß das Gesetz von dem Augenblicke an, wo die Schadenersatzforderung geltend gemacht wird, die über die Form ꝛc. der Leistung bisher noch nicht getroffenen Vereinbarungen auch jetzt zu treffen nicht für notwendig erachtet, läßt sich ungezwungen nur durch das Zugrundelegen der Differenztheorie erklären; nach ihr entbindet ja die Geltendmachung des Schadenersatzanspruches den Verkäufer sofort von seiner Leistungspflicht, so daß alle näheren Bestimmungen darüber nunmehr zwecklos sein würden.

Mit dem Umstande, daß man den § 375 seiner ganzen Fassung nach im Sinne der Differenztheorie verstehen muß, hat man sich folgendermaßen abfinden wollen: Grundsatz des neueren Handelsrechts sei es, für den Verzug bei Handelskäufen die Vorschriften des der Austauschtheorie folgenden BGB. anzuwenden. Hiervon sei § 375 (ebenso wie § 376) nur eine Ausnahme.[1]) Diese Auffassung widerlegt sich jedoch durch den Gesetzestext; es heißt ausdrücklich in § 375: Schadenersatz sei zu fordern „gemäß § 326 des Bürgerlichen Gesetzbuches", woraus sich ergibt, daß diese im Sinne der Differenztheorie getroffene Bestimmung „sich in vollem Einklang mit der Verwendung desselben Begriffes (Schadenersatz wegen Nichterfüllung) im § 326 BGB. halten wollte",[2]) oder anders ausgedrückt, man hat geglaubt, das BGB. sei der Differenztheorie gefolgt. Diese Tatsache läßt sich kaum bestreiten und es gewinnt dadurch die Auffassung derer, die den Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung für das HGB. schlechthin als Differenzanspruch auffassen, sehr an Boden.

Für uns handelt es sich bei dieser ganzen Frage darum:

Welchen Einfluß auf das BGB. soll man dem Umstande, daß das HGB. dem BGB. den Differenzanspruch unterschiebt, beimessen?

Am Ende der auf das BGB. und seine Materialien gestützten Erörterung kamen wir zu dem Schluß, daß im System des BGB. für die Differenztheorie kein Raum ist. Wenn nun dennoch das HGB. diese Lehre als im BGB. aufgenommenen ansieht, und die ihm obliegenden Regelungen unter dieser — wie wir glauben — falschen Voraussetzung trifft, so ist das ein Irrtum, der um so bedauerlicher ist, als das BGB. subsidiäre Geltung hinter dem HGB. hat. Daß es in der Praxis zu großen Schwierigkeiten führen muß, wenn in einer Gesetzgebung, die als eine einheitliche gedacht ist, einem Begriffe zwei verschiedene, mit einander unverträgliche Deutungen gegeben werden, liegt auf der Hand.

---

[1]) z. B. Kaufmann aaO.
[2]) Kipp aaO. S. 272.

Aber es heißt die Bedeutung der Tatsache, daß inbezug auf einen sehr wichtigen Punkt eine Unstimmigkeit zwischen den zwei größten Gesetzeswerken des Zivilrechts herrscht, verkennen, wenn man daran die Forderung knüpfen will, durch eine — wie man dann selbst einräumen muß — „gewaltsame Interpretation" des BGB. Frieden zu schaffen zwischen BGB. und HGB.

Man muß sich für diese Frage damit abfinden:

Wir haben hier „ein doppeltes, zwiespältiges bürgerliches Recht"[1]), wir haben hier den „krassesten Unfrieden zwischen BGB. und HGB."[2]), aber wir haben keine dem Gesetz entsprechende Handhabe, diesen Zwiespalt zu beseitigen: Die Gewährung des Differenzanspruches in den §§ 325, 326 BGB. kann hier nicht helfen, weil sie sich nach dem BGB. nicht begründen läßt und es durchaus unzulässig ist, eine Uebereinstimmung der Gesetzesbestimmungen des HGB. und BGB. auf kosten richtiger Interpretation des letzteren herbeizuführen. Die sich aus dem System des BGB. ergebende, allein für die Surrogationstheorie sprechende Regelung muß den Anspruch erheben, als das behandelt und geachtet zu werden, als was sie sich kennzeichnet. Zugunsten des HGB. seinen Charakter zu ändern, ist ein unbilliges und deshalb nicht ausführbares Ansinnen an das BGB.

§ 15.

Zum Schluß sollen noch einige Worte gesagt werden über die Resolution, die der 27. deutsche Juristentag im Jahre 1904 über das hier behandelte Problem gefaßt hat. Sie lautet:

„Ohne der endgültigen und vollständigen Erledigung der Frage: „Worin besteht der Schadenersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages?" Durch Wissenschaft und Praxis vorgreifen zu wollen, spricht der 27. deutsche Juristentag seine Rechtsüberzeugung dahin aus:

1) Geht die dem Schadenersatzberechtigten obliegende Leistung auf Geld, so kann er als Schadenersatz grundsätzlich denjenigen Geldbetrag begehren, welcher sich nach Anrechnung seiner Leistung als Ueberschuß ergibt. Unterläßt der Schadenersatzberechtigte diese Anrechnung, so kann, soweit es der Billigkeit entspricht, der Schadenersatzverpflichtete auf ihrer Vornahme bestehen. Die Voraussetzungen der Aufrechnung brauchen hierbei nicht gegeben zu sein.

2) Besteht die dem Schadenersatzberechtigten obliegende Leistung nicht in einer Geldleistung, so kann er Schadenersatz wegen Nichterfüllung unter Einbehaltung und den Umständen entsprechenden Anrechnung seiner Leistung dann verlangen, wenn ihm die Bewirkung dieser Leistung billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann.

---

[1]) Verhandlungen Band IV S. 137.
[2]) ebenda S. 136.

Letztere Erwägung wird bei Handelsgeschäften über Waren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, auch wenn diese Geschäfte nicht Fixgeschäfte sind, im Falle des Leistungsverzuges des Käufers regelmäßig zutreffen."

Zweierlei fällt bei dieser Fassung sofort in die Augen: einmal die Unterscheidung zwischen dem Fall, wo dem Schadenersatzberechtigten eine Geldleistung als Gegenleistung obliegt, und dem Fall, wo diese Gegenleistung nicht auf Geld geht, — und zum anderen der Umstand, daß dem vertragsbrüchigem Teil im ersteren der beiden Fälle nach Billigkeitsrücksichten das Recht eingeräumt wird, sich seiner Schadenersatzpflicht durch Zahlung der bloßen Differenz zu entledigen, während ihm in den anderen Fällen dasselbe Recht versagt wird.

Man wird sich nicht ohne Verwunderung sagen, daß von diesen prinzipiellen Unterscheidungen in der ganzen vorstehenden Abhandlung nur wenig zu finden ist. Des Falles, daß der Schadenersatzberechtigte in Geld zu leisten hat, ist nur in dem Zusammenhange Erwähnung getan, daß, wenn auch der Schadenersatz in Geld zu bewirken ist, eine Aufrechnung nach Maßgabe der §§ 387—396 BGB. erfolgen kann, und von einem Recht des Ersatzpflichtigen auf bloße Zahlung der Differenz ist überhaupt nicht die Rede.

Wie ist das zu erklären?

Während dieser Abhandlung nicht ohne triftigen Grund (Seite 15 ff) die „theoretische, abstrakte, deduktive, konstruktive Methode" zugrunde gelegt ist, folgt der Referent des Juristentages, Geh. Hofrat Professor Dr. Strohal der „praktischen, induktiven, experimentellen Methode". Daß diesem letzteren Umstande allein die erste in der Resolution zum Ausdruck gebrachte Unterscheidung (Geldleistung - Nichtgeldleistung des Ersatzberechtigten) zuzuschreiben ist, möge das Folgende zeigen:

Daß, wenn die an den vertragsbrüchigen Kontrahenten zu bewirkende Leistung und der Schadenersatz in Geld bestehen, nach der Surrogationstheorie eine Aufrechnung — wie schon erwähnt — stattfinden kann, liegt auf der Hand. Daß jeder Teil die Kompensation geltend machen kann, sagt § 387 BGB. Liegen also die Voraussetzungen der Aufrechnung vor, so besteht ein praktisch bedeutsamer Unterschied zwischen Surrogations- und Differenztheorie nicht. Anders, wenn diese Voraussetzungen nicht gegeben sind. Als Beispiel möge das von Strohal[1]) angeführte dienen: „Ich kaufe einen Gegenstand für 1200 Mk. und der Verkäufer tritt den Anspruch auf den Kaufpreis an einen Dritten ab, wovon er mich sofort benachrichtigt. Hinterher macht der Verkäufer die ihm obliegende Leistung durch einen von ihm zu vertretenden Umstand unmöglich." Wenn nun der Verkäufer den

[1]) Verhandlungen IV. S. 118.

Schadenersatz in Geld zu leisten hat, so ist doch nach § 406 BGB. eine „Aufrechnung" im Sinne des Gesetzes ausgeschlossen. —

Nach der von uns zugrunde gelegten Methode gibt es nur zwei Möglichkeiten:

Entweder man kommt aufgrund des Gesetzes — wie wir — zu der Auslegung der §§ 325, 326 im Sinne der Austauschtheorie; dann muß man in den Fällen, wo die Voraussetzungen der Kompensation nicht vorliegen, den Schadenersatzberechtigten zur Bewirkung seiner ganzen Gegenleistung für verpflichtet erachten. Seinen Schadenersatzanspruch behält er in voller Höhe gegen den vertragsbrüchigen Gegner.

Oder aber, man kommt aufgrund des Gesetzes zu der Auffassung (die wir nicht zu teilen vermögen), die fraglichen Bestimmungen (§§ 325, 326) seien im Sinne der Differenztheorie getroffen; dann scheidet die Frage der Aufrechnung überhaupt aus, der Schadenersatzberechtigte hat auf keinen Fall seine eigene Leistung zu bewirken.

Eine andere Möglichkeit existiert nicht. Beweis dafür möge neben dem Gang der vorstehenden Abhandlung sein, daß alle Arbeiten, die sich mit der Frage, der abstrakten Methode folgend, beschäftigt haben, auf die eine oder andere Möglichkeit hinauskommen.[1])

Die von Strohal angewendete Methode eröffnet noch einen dritten Weg:

„Indem ich mich — so sagt Strohal[2]) — für die letztere Methode (d. h. die experimentelle, induktive) entscheide, gelange ich sofort dazu, aus dem Streitgebiete eine große Gruppe von Fällen auszuscheiden, von denen ich glaube, daß man sich über sie verhältnismäßig leicht einigen kann; und das sind meines Erachtens diejenigen Fälle, in welchen die dem Schadenersatzberechtigten obliegende Leistung eine Geldleistung ist. Hier scheint mir der Differenzanspruch grundsätzlich berechtigt zu sein und jede andere Behandlung zu unerfreulichen und unpraktischen Ergebnissen zu führen. . ."

Nun arbeitet in der Tat in den drei Beispielen, die Strohal zur Illustration seiner Behauptung von dem unpraktischen Resultat der Surrogationstheorie anführt, die Differenztheorie einfacher. Wenn ich z. B. in dem eben erwähnten Falle Strohals durch die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung genötigt werde, meinen Bedarf anderweit unter Zahlung von 1400 Mk. zu decken, so muß ich nach der Surrogationstheorie 1200 Mk. an den Zessionar entrichten und kann 1400 Mk. von meinem Verkäufer verlangen, während ich nach der Differenztheorie von dem vertragsbrüchigen Gegner 200 Mk. zu fordern habe und dem Zessionar nichts schulde.

---

[1]) cf. z. B. die Abhandlungen von: Kisch „Schadenersatz", Kipp, v. Mayr, Schöller, Jacobi.

[2]) Verhandlungen IV S. 117.

Daß hier die Austauschtheorie schwerfälliger arbeitet, ist richtig. Aber einmal hat die Differenztheorie auch sehr viel praktische Bedenken gegen sich; wir verweisen auf das über die Gefahrtragung beim Annahmeverzug, über den Vertrag zugunsten Dritter und die Naturalreparation Gesagte. Und sodann: selbst wenn die Regelung in manchen Fällen nach der Differenztheorie schneller und einfacher wäre, so wäre das vielleicht **de lege ferenda** zu berücksichtigen, die **lex lata**, nach der allein die Entscheidung für die heutigen Verhältnisse zu fällen ist, weiß von einem Unterschied zwischen Geldleistungen und Nichtgeldleistungen aufseiten des Ersatzberechtigten beim Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung nichts. Deshalb konnte auch oben von einer solchen verschiedenartigen Behandlung nicht die Rede sein. Es spricht nicht zugunsten der in der Resolution getroffenen Unterscheidung, daß zwei in der Auffassung der ganzen Streitfrage sich als prinzipielle Gegner gegenüberstehende Gelehrte einmütig dagegen protestierten, diese Unterscheidung zu treffen.[1]) Wenn man in Absatz 2 der Resolution sagt: regelmäßig ist die Leistung zu bewirken (nur unter besonderen Billigkeitsrücksichten nicht), dann muß man dasselbe Resultat auch für Absatz 1 annehmen, also regelmäßig die Entscheidung im Sinne der Surrogationstheorie treffen. Dann aber enthält das Gesetz auch nicht den leisesten Anhalt dafür, daß man im fraglichen Falle die §§ 387 ff. beiseite schieben dürfe.

Aus demselben Gesichtspunkt darf man dem Ersatzpflichtigen bei Geldleistungen des anderen Teils kein Recht zugestehen, das man ihm sonst versagt. —

Was aber hat es mit dem Moment der Billigkeit für eine Bewandnis?

Unter Ziffer 2 sagt die Resolution, der Ersatzberechtigte könne den Differenzanspruch dann (ausnahmsweise) geltend machen, „wenn ihm die Bewirkung seiner Leistung billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann." Dieser Passus gibt Gelegenheit, die bisherigen Ausführungen insoweit zu erweitern, als man anerkennen muß, daß, wie jedes Schuldverhältnis, so auch der gegenseitige Vertrag und die sich aus ihm ergebenden Weiterungen unter dem Gesichtspunkt der **bona fides** zu beurteilen sind. Ist daher eine nach der vom Gesetz angenommenen Surrogationstheorie geregelte Schadenersatzforderung bei

[1]) Kipp (Verhandlungen IV S. 135): „Ich glaube prinzipiell nicht, daß man einen Unterschied machen dürfe zwischen den Fällen, in denen die Verbindlichkeit des Geschädigten, also dessen der Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt, auf eine Geldleistung gerichtet ist, und den Fällen, in denen dieser Kontrahent etwas anderes als Geld zu leisten hat, sondern ich glaube vielmehr, daß nach Lage unseres deutschen Gesetzes diese beiden Gruppen von Fällen gleichartig behandelt werden müssen." Und Küsch (Verhandlungen IV S. 143/44): „Ich sehe nicht ein, warum man zwischen den beiden Fällen unterscheiden soll, in denen die Gegenleistung des vertragstreuen Teils in Geld besteht und in etwas anderem. Wo steht denn im Gesetz, daß dieser Unterschied zwischen Geld- und anderen Leistungen zu machen ist?.. Ich kann nicht annehmen, daß eine verschiedene Behandlung gerechtfertigt ist."

einem gegenseitigen Vertrage nicht mit der „unparteiischen Abwägung der beiderseitigen Interessen“[1]) in Einklang zu bringen, so hindert nichts, durch § 242 BGB. Abhilfe zu schaffen und eine Entscheidung zu treffen, die „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“ mehr entspricht.

Dieses Recht der Berufung auf § 242 muß man prinzipiell dem dem Ersatzberechtigten wie -verpflichteten zugestehen. In Wirklichkeit werden allerdings die Fälle, in denen der Ersatzpflichtige auf Grund des § 242 eine anderweite Regelung erzielt, zu den größten Ausnahmen gehören, und das deshalb, weil sein „Vertretenmüssen“ wenn auch nicht immer, so doch in aller Regel auf ein ihm zur Last zu legendes Verschulden zurückzuführen sein wird und er sich darum nicht auf Treu und Glauben berufen kann.[2])

Diese ganz exzeptionellen Fälle, wo auch der vertragsbrüchige Teil sich erfolgreich auf § 242 stützen kann, verteilen sich aber — wir sind dieser Ansicht entgegen der Resolution — ebenso gut auf Verträge, bei denen der Ersatzberechtigte in Geld, wie auf solche, bei denen er in anderer Weise zu leisten hat.

In allen Fällen aber kann eine mittelst § 242 bewerkwerkstelligte, abweichend von der Surrogationstheorie getroffene Regelung nur ausnahmsweise Platz greifen und bedarf stets besonderer Begründung.[3])

---

[1]) Oertmann Kommentar zu § 242 2b. S. 13.

[2]) So sagt Enneccerus (Verhandlungen IV. S. 142): „Wenn Sie bedenken, daß dem Schuldner ein Recht gegeben werden soll, der sich schuldhaft, vielleicht absichtlich die Leistung unmöglich gemacht hat, dann meine ich, muß man große Bedenken tragen, diesen Teil des Strohalschen Anrages [„Unterläßt der Schadenersatzberechtigte diese Anrechnung, so kann grundsätzlich der Schadenersatzverpflichtete auf ihrer Vornahme bestehen“] anzunehmen.“

[3]) cf. Oertmann, Kommentar S. 165 1 a. E.